

明治憲法体制と天皇大権(二)

——宣戦講和権と戦時認定権——

檜 山 幸 夫

目 次

序論

一、帝国憲法の制定と宣戦講和権

1. 憲法草案起草過程における変遷
 2. 枢密院会議における審議経過
 3. 宣戦講和権の法的解釈(以上、『中京法学』第二四卷第三・四合併号所収)
- 二、日清戦争における戦時始期の決定

1. 戦時始期論と宣戦詔勅

(1) 大山陸相の閣議請議

(2) 明治一五年太政官布告第三七号と帝国憲法

(3) 八月一八日閣議決定と戦時の始期

2. 国内法への戦時の適用

(1) 戦時給与規則

(2) 軍人恩給法

(3) 陸海軍刑法

(4) 戦時関係法令

3. 戦争始期論と戦時国際法

(1) 豊島沖海戦と高陞号事件

(2) 国際法における戦争始期論(以上本号掲載)

三、日清戦争における平戦分界と天皇大権

四、日露・日独・太平洋戦時認定

結論

二、日清戦争における戦時始期の決定

1. 戦時始期論と宣戦詔勅

(1) 大山陸相の閣議請議

明治二十七年七月二三日、朝鮮の京城で渡韓中であつた大島義昌少将率下の混成旅団が朝鮮国王の王宮を包囲占拠せ

んとして朝鮮国軍と交戦状態に入り、所謂京城事件が起りここに日朝戦争が開始されたが、その二日後の七月二五日清国軍の朝鮮への増兵を日本への敵対的行為と看做し清国政府の対日開戦意思の表明であると判断してこれを阻止せんがために出動していた日本海軍の艦艇と清国海軍の艦艇とが豊島沖で衝突し、日清両国海軍による豊島沖海戦が発生しここに日清戦争が開始された。かかる事態のなかで、八月一日に日清両国による宣戦詔勅と宣戦上論が渙発され、ここに宣戦布告を伴う戦争としての日清戦争が始まったのである。

政府は日朝・日清の二つの戦争が開始されたことから、早急に戦時法の適用をなすべく法的判断を確定する必要に迫られていた。大山巖陸相は、八月一〇日陸軍省送達送甲第一〇一二号として伊藤博文首相へ戦時始期に関する次の閣議請議書を送り政府としての判断を求めた。

宣戦講和ハ固ヨリ天皇ノ大権ニ属シ一ニ君主ノ大旨ニ依ルヘキハ論ヲ待タス而レトモ宣戦ノ詔勅ハ聖旨ノ存スルトコロヲ広ク告諭セラレタルモノニシテ其实アラシムルハ之ヲ換言スレハ其大旨ヨリ生スル結果ヲシテ臣民ニ遵奉セシメ且平戦両時法規適用ノ限界トナサントスルカ如キハ之ヲ公文式ノ定ムル方式ニ依テ公布セラル、ヲ以テ至当トナスヘキニ似タリ然レトモ君主一タヒ交戦ヲ宣告セラレタル以上ハ事実其日ヲ以テ戦時ノ限界トナサ、ルヲ得ス抑モ宣戦ハ天皇大権ノ一タルハ帝国憲法ノ明記スルトコロニシテ疑ノ存スヘキナシ而シテ其大権発動ノ形式ハ依ルヘキ条規ナキヲ以テ詔勅トシテ公示セラル、モ勅令トシテ公布セラル、モ其効力ニ於テハ差異アルコトナク其何レニ出ツルモ固ヨリ憲法ノ認ムルトコロニシテ之ヲ実例ニ徴スレハ議會召集衆議院解散ノ如キハ詔勅ヲ以テ命セラレ大赦ノ如キハ勅令ヲ以テ発セラレタルモノアリ又大詔ヲ発シテ聖意ヲ下セラレ勅令ヲ以テ之ヲ行ハシメラレタルモノアリ大権発動ノ作用ハ形式規矩ノ外ニアルモノ、如シ

而シテ明治十五年布告第三十七号「法律規則中戦時ト称スルハ外患又ハ内乱アルニ際シ布告ヲ以テ定ム」トナスモ

天皇交戦ヲ宣告セラルレハ即チ戦時タルハ論ヲ待タス而シテ此布告ハ大権発動ノ形式必ラス布告ヲ要スルモノトシ
憲法ノ精神ニ背戾スルモノナルヲ以テ憲法実施ニ由リ消滅ニ帰シタルモノト云ハサルヘカラス議者或ハ第三十七号
布告ハ其効ヲ存シ詔勅ハ布告ノ一種ナリトナスモ布告ハ専ラ今日ノ所謂法律勅令ノ義ニシテ詔勅ヲ包含セサルハ公
文式發布以前ノ実例ニ徴スルモ区分明白ニシテ曲論ヲ容レサルモノ、如シ
故ヲ以テ宣戦ハ布告ノ形式ニ依ルノ要ナク宣戦ノ詔勅ハ即チ其日ヲ以テ戦時ト公認セラレタルモノトナサ、ルヘカ
ラス

右ノ理由ナルヲ以テ特ニ戦時ヲ定ムルノ法令發布ヲ待タス宣戦ノ詔勅アリシ日ヲ以テ戦時ノ限界トナサントス然レ
トモ此事タル天皇大権ノ作用ニ関シ且ツ其結果ノ及ホス所容易ナラサルヲ以テ爰ニ閣議ヲ請フ

明治廿七年八月十日

陸軍大臣伯爵 大山 巖

陸軍大臣
之印

内閣総理大臣伯爵 伊藤博文^②

この大山陸相の閣議請議は、天皇大権の発動としての宣戦詔勅の渙発は「聖旨ノ存スルトコロヲ広ク告諭」したも
ので、「其大旨ヨリ生スル結果ヲシテ臣民ニ遵奉セシメ且平戦両時法規適用ノ限界トナサン」との憲法解釈の立場を
踏え、大権発動の形式としての明治一五年太政官布告第三七号は「憲法ノ精神ニ背戾スルモノナルヲ以テ憲法実施ニ
由リ消滅ニ帰シタル」として、「君主一タヒ交戦ヲ宣告セラレタル以上ハ事実其日ヲ以テ戦時ノ限界ト」すべきある
ことから「宣戦ノ詔勅ハ即チ其日ヲ以テ戦時ト公認セラレタルモノ」との見解を示し、戦時始期を八月一日にするよ
うに求めるが、「此事タル天皇大権ノ作用ニ関シ且ツ其結果ノ及ホス所容易ナラサル」ためにその判断を政府に委ね
たのである。

ここで提起された問題は、第一に戦時の概念規定、第二に帝国憲法で規定された天皇大権の発動の法的性格、第三に太政官布告第三七号の帝国憲法下での有効性という、立憲制下での天皇制国家の根幹にもかかわる問題であった。第一の戦時の概念規定の問題は、明治一二年の太政官布告第四六号についての元老院第一四六号議案「徴兵令及近衛兵編成改正ノ儀布告按」審議の際に提起された懸案事項であり、^③次いで明治一五年太政官布告第三六号戒厳令及び同第三七号に関する審議過程で国憲制定までの課題として残されたものであったが、^④前章で述べたように枢密院での帝国憲法審議段階で示された、戦時・事変・非常の三区分によって大概は規定されていた。然し、そこでは「戦争」を、外国との間のものが戦時、西南戦争のような国内におけるものが事変と用語概念を定めて区分したにすぎず、「戦時」とはいったい何を指すのかについては明確に規定されてはいなかった。戦時の概念にとってその成立要件が重要となるが、帝国憲法では宣戦講和権を天皇に求めていることから天皇の意思の発表としての宣告・宣言等の布告を成立要件にしていると解釈される。勿論、大山陸相の請議書にあるようにその形式は定められてはいないものの、先例に従い征討令・鎮定令・平定令という令旨を以って平戦区分をなすと想定されていたと思われることから、その布告の形式にかかわらず布告そのものが必要要件としてあったとみるべきであろう。だが、日清戦争では事実としての開戦はもとより開戦までの外交行動や国際法的解釈よりも、宣戦詔勅の渙発以前に戦争状態が成立していたことから、この渙発された詔勅の政治的・法的位置付けが問題となる。そのため、第二の宣戦詔勅渙発による天皇大権発動の法的性格の明確化が求められた。大権の具体的発動の形式には特定したものがないことから、天皇の意思を表した宣戦詔勅は大権発動の行為として絶対的な意味をもつ。これを前提とした陸軍省は、宣戦詔勅の渙発を以って大権の発動と看做しこれによって戦時の成立と断定し戦時法適用の始期とする見解を示したのであった。然し、そのことの及ぼす影響は大きく、国内法的には戦時給与規則・軍人恩給法や陸海軍刑法の適用はもとより詔勅渙発以前に

起った京城事件や成歟の戦闘による犠牲者の取扱いが問題となり、国際法的には高陞号事件により起っていた日英間の外交紛争への影響といった戦争遂行上重大な問題を包含していた。国内法的には戦時給与を定めた戦時給与規則が法の過誤もあるが六月に溯ってその適用を定めておりその及ぼす影響は少ないが、京城事件において戦死した田上岩吉（後述）をはじめ七月二十九日の成歟での戦闘によって戦死した松崎直臣歩兵大尉・時山襲造歩兵中尉・源七四郎歩兵一等軍曹・三井勝治郎歩兵二等軍曹・山根重太郎歩兵上等兵や鎌倉岩吉歩兵一等卒といった第五師団歩兵第一聯隊の三名・同第二聯隊の三六名・同後備歩兵独立第一大隊の一名・同衛生隊の一名の計四十一名の取扱いや、第五師団の非常召集に多くみられた召集不参者や召集忌避者^⑥に対する陸軍刑法の適用といった軍政上の現実的問題があった。国際法的には、豊島沖海戦によって東郷平八郎海軍大佐が艦長の浪連艦が清国軍兵員を乗せた英国船籍の高陞号を撃沈させたことから、日英間において日清間での戦時成立の時期をめぐって紛争が起っていた。高陞号事件は、民事上の問題に留まらず日本の政治的責任が問われることから、きわめて重大な外交課題となっていた。日本が事件の正当性を主張するためには、事件発生の時点で戦時が成立していることが絶対的条件となっており、そのためには「第二次絶交書」^⑦と呼ばれた七月一九日付対清最後通牒^⑧の法的性格を明確にする必要がある。日英改正条約締結から僅かな期間に起った日英外交紛争は、日清開戦直後という時期的問題をも含めて、戦争遂行に及ぼす重大な影響が想起された。こうしたことから憲法の原則に従った条文解釈による大権行使を以って戦時始期と認定することは、かなり大きな政治的問題を抱えていることがわかる。第三の明治一五年太政官布告第三七号の取扱いについて、陸軍省は帝国憲法の発布により消滅したものとの解釈を示しその有効性を否定していた。だが、この解釈には若干の誤解が含まれている。陸軍省は、この太政官布告第三七号は大権発動の形式として布告を求めていると解釈した上でのものであるが、実は布告三七号の立法趣旨は大権発動の形式を定めたものではなく、戒厳令制定の審議過程における「戦時」

の認定方法をめぐる議論のなかで提起されたもので、そこでの布告とは太政大臣による戦時認定権を規定したものであったからにはかならない。勿論、立法段階では「天皇大権」との用語が使用されていたわけではないが、天皇大権と同義語で用いられていた「天子ノ権」⁹⁾として認識されていたことから、ここでは天皇の大権行使の形式を定めたとした陸軍省の解釈は誤りではなからうか。

(2) 明治一五年太政官布告第三十七号

このように重要な問題を含んでいた大山陸相の閣議請議を受けた政府は、直ちにその取扱いについて検討を開始した。まず問題となるのが、太政官布告第三十七号と帝国憲法との関係にはかならない。この布告第三十七号が「憲法ノ精神ニ背戾」したのではないとするならば、戦時認定権は大権発動にかかわらず憲法上は國務部に委ねられていると解されよう。現在、憲政史編纂会収集文書伊東伯爵家文書のなかに美濃半紙に墨筆され仮綴されていた「戦時ヲ布告スルカ然ラサレハ十五年八月布告第三十七号ヲ廃止スヘキ件」と題する文書が残されている。¹⁰⁾文書起草の日付と起草者は不明であるが、文書の記載内容からみて大山陸相の閣議請議の後に内閣書記官が起草して伊東已代治内閣書記官長へ提出したものではないかと推測される。その文書は、次のものであった。

戦時ヲ布告スルカ然ラサレハ十五年八月布告第三十七号ヲ廃止スヘキ件

明治十五年八月ヲ以テ現行戒嚴令ト同時ニ発セラレタル布告第三十七号ハ左ノ如キ単行令ナリ、曰

「凡ソ法律規則中戦時ト称スルハ外患又ハ内乱アルニ際シ布告ヲ以テ定ムル者トス」

現行法令中ニ戦時ノ字ヲ用キタルモノ多々アリ、其ノ重ナルモノハ戒嚴令、陸海軍刑法、徴兵令、徴発令、火藥取締規則、私設鉄道条例及頃日制定相成リタル二三勅令ナリ、其ノ条項ハ下ニ附録シタリ。

此ノ件ニ付第一ニ講究スヘキハ右十五年布告三十七号ノ今日ニ於テ尚ホ有効ナリヤ如何ノ問題ナリ、或ハ曰此ノ布告ハ憲法ニ「天皇ハ戰ヲ宣シ、和ヲ講シ云云」トアルニ依リ既ニ消滅セリト、然リト雖憲法ニ謂フ所ノ宣戰講和ハ國際上ノ關係ヲ指スモノナリ、即チ國際公法ノ上ニ於テ平時ヨリ戰時ニ移ル時期ニ関スルモノナリ、之ニ反シ、戒嚴令以下ニ於テ言フ所ハ内國ニ對スル國際上ノ關係ヲ指スルモノナリ、而シテ此ノ二者ハ必スシモ並行齊進セサルコト各國古今ノ実例ニ徴シテ明ナリ、即チ外國ニ向テ開戰ノ宣告ヲ為シナカラ内國ニ向テハ未タ戰時ヲ布告セサルコトアルヘク、又外敵既ニ境辺ニ迫リ戰時ヲ以テ戒嚴ヲ宣告スルモ外國ニ向テハ未タ開戰ノ意ヲ公示セサル時アルヲ想像スヘキモノナリ

例ヘハ清仏戰爭ニ於ケル清國ノ場合是ヲ以テ憲法ニ宣戰ノ規程アルニ因リ十五年布告第三十七号ハ消滅シタリト論斷スルコトヲ得ス

果シテ然ルトキハ右布告ハ尚ホ効力ヲ有スルモノニシテ之ニ依リ戰時ヲ布告セラル、マテハ外交上ニ於テ既ニ開戰ノ關係成立スルニ拘ラス内國ニ對スル法律上ニ於テ未タ戰時ノ關係ニ立チ至ラスト謂ハサルヲ得ス。

法律上ノ關係ハ右ノ如クナルニ拘ラス、又事實上ニ於テ先日来既ニ徵兵令中戰時ニ関スル條項ヲ執行シ来レルモ未タ不便ヲ感セサル所以ノモノハ他ナシ、大抵此等ノ法令ニ於テハ戰時若クハ事變ト云ヘリ、而シテ所謂事變ニ関シテハ別ニ布告ノ必要ナキニ依ル、然レトモ又或ル場合ニハ單ニ戰時ト云ヒ事變ト云ハス、例ヘハ戒嚴令第四条及陸軍刑法中ノ二三條項ノ如シ此等ハ絶対ニ布告ヲ要スルモノナリ、又現ニ外國ト開戰スル事實明瞭ナルニ當リ單ニ事變ノ場合トシテ此等ノ法令ヲ執行スルハ情ニ於テ不可ナキコト能ハス。

故ニ今日ノ場合ニ於テハ右十五年ノ布告ヲ廢止シテ内國ニ對スル國際上一切ノ關係ニ於テ戰時ト否トヲ決スルヲ事實ノ問題ニ委スルカ然ラサレハ此ノ際勅令ヲ以テ戰時ヲ布告セサルヘカラス、若シ永ク之ヲ曖昧ニ附シナカラ誤テ戰時ノ外執行スヘカラサル法令ノ條項ヲ執行スル如キアレハ他日憲法問題ヲ惹スル虞アリ、何トナレハ戰時タルト

否トハ臣民ノ權利自由ヲ制限スル上ニ重大ノ關係ヲ有スレハナリ。

存廢孰レヲ取ルヘキハ高等政畧ノ問題ニ屬ス、然レトモ大体ニ於テハ廢止スルニ如カサルモノ、如シ、其ノ理由左ノ如シ

一 臣民ノ權利自由ヲ制限スルコト戰時ト同様ニ重大ナル事變ノ場合ハ別ニ布告ヲ要セサルニ非スヤ、然ルトキハ一步ヲ進メテ戰時ノ布告ヲ廢スルモ權衡ニ於テ不可ナルコト無シ。

二 外交上ニ於テ開戰ノ期迫ルニ當リ戰時ノ法令ヲ執行スル必要アルモ我レヨリ事端ヲ開クノ名ヲ為スコトヲ避クルヲ國是トスル場合アリ、此ノ場合ニ於テ右布告アルトキハ兵戰上不便ナルモノ多カラン。

(文中傍点及び丸点は原文通り、原本にある附録は省略)

この文書では、第一に布告第三七号と憲法との關係について、憲法でいう宣戰講和を「國際上ノ關係」と規定してそれは「國際公法ノ上ニ於」ける平戰移行の「時期」を指したものとし、戒嚴令等である場合は「内國ニ對スル國際上ノ關係ヲ指ス」もので、この「二者ハ必スシモ並行齊進セサル」ことから、「憲法ニ宣戰ノ規程アルニ因リ」布告第三七号が「消滅シタリト論斷スルコトヲ得ス」とした。このため、「外交上ニ於テ既ニ開戰ノ關係成立スルニ拘ラス」戰時を布告するまでは国内法的には「戰時ノ關係ニ立チ至ラス」との解釈を示している。第二の法律用語上の問題として、戰時にかかわる法令中「戰時」と「事變」では「事變ニ關シテハ別ニ布告ノ必要」が求められていないという不備が、又、一部の法令では「絶対ニ布告ヲ要スル」ものがあることがそれぞれ指摘されている。ここで事例として上げられた戒嚴令第四条「戰時ニ際シ鎮台營所要塞海軍港鎮守府海軍造船所等遽カニ合圍若クハ攻撃ヲ受クル時ハ其地ノ司令官臨時戒嚴ヲ宣告スルヲ得又戰略上臨機ノ処分ヲ要スル時ハ出征ノ司令官之ヲ宣告スルヲ得¹⁾」にあるように、同条施行のためには事前に戰時の認定手続きが必要となっていたことから、戰時法適用は戰時認定手續を

前提としたものであったことがわかる。

かかる点を踏えて、布告第三七号を廃止して「内国ニ対スル国際上一切ノ関係」は「事実ノ問題ニ委スル」か、布告第三七号を存置するものとして新たに「勅令ヲ以テ戦時ヲ布告」するとの二案を示しながら、結局、(一)に「臣民ノ権利自由ヲ制限」することは戦時も事変も同様であることから敢て戦時のみ布告を要する特別の理由はないこと、(二)に外交政略の上で「開戦ノ期迫」りながらも「我レヨリ事端ヲ開クノ名ヲ為スコトヲ避クルヲ国是トスル場合」は却つてこの布告が「兵戦上不便」となることから、「大体ニ於テハ廃止スルニ如カサル」との結論に達している。(一)の点では、「戦時」の場合のみ布告を要し、その国内に及ぼす影響は「戦時」と同様である「事変」に布告の規程がないとの法制度的な不備があること、(二)の点ではまさに外交政略的理由から飽く迄も「被動者」¹²的立場に立つて開戦を誘導してきた日清戦争にとって、それは切実な意味を持っていた。このことから、該文書では戦時の成立を「事実ノ問題ニ委スル」べきであるとの主張がなされたわけだが、そこでは開戦の「事実」を認定する作業とそれによる戦時認定を有効とする法的根拠とをどこに求めるかが問題となる。少くとも、ここで導かれた結論では大山陸相が提起した問題に充分答えることにはなっていないかと思われる。然し、「事実ノ問題」に委ねるとした考えは、この問題を処理する場合の重要な見解として注視すべきであろう。

(3) 八月一八日閣議決定と戦時の始期

大山陸相の閣議請議は、立憲天皇制国家の根幹にかかわる天皇大権の行使としての宣戦詔勅の法的性格規定と戦争遂行のための外交政略と戦争指導とにかかわった問題提起であったことから、その取扱いに政府はかなり苦慮することになる。八月一八日、政府は内閣書記官と内閣法制局より立案された閣議案をもとに閣議を開き次のように決定した。

別紙陸軍大臣請議ノ要旨ハ宣戰媾和ハ憲法上天皇大権ノ一ニシテ其ノ發動ノ形式ハ詔勅トスルモ勅令トスルモ其ノ効力ニ於テ差異アルノ理ナケレハ既ニ詔勅ヲ以テ開戰ヲ宣言セラレタル上ハ別ニ戰時ヲ定ムルノ法令發布ヲ要セス其ノ詔勅ノ日ヲ以テ戰時ノ始期ト為サントスルニ在リ

按スルニ明治十五年布告第三十七号ニ「凡ソ法律規則中戰時ト称スルハ外患又ハ内乱アルニ際シ布告ヲ以テ定ムルモノトス」トアルモ憲法第十三条ニ於テ宣戰媾和ヲ以テ一ニ天皇ノ大権ニ属シ何等ノ条件ヲ附セサルヨリ見レハ今日ニ在テハ如何ナル形式ニ依リテ戰時ヲ指定スルモ差支ナカルヘシ然レトモ請議ノ如ク宣戰詔勅ノ日即是レ戰時ノ始期ナリトノ解釈ハ到底其ノ当ヲ得ス

抑々戰ハ宣戰ヲ待テ成立スル場合アリ又ハ宣戰ヲ待タス實際ノ状況ニ依リテ成立スルコトアリテ開戰ノ宣告若クハ告知ハ必スシモ開戰ニ須要ナラサルコトハ近世各国ノ実行並ニ公法家ノ學說ニ徴シ殆ント疑ナキカ如シ此故ニ法律命令中ニ云フ所ノ戰時ハ宣戰詔勅ノ有無若クハ其ノ時期ニ拘ラス實際戰ノ成立シタル日ヨリ始マルモノト決定スル方穩当ナルヘシ蓋シ宣戰ハ敵国ニ對シテハ宣戰書ヲ以テシ中立国ニ對シテハ告知狀ヲ以テシ又ハ詔勅ヲ以テ臣民ニ公布スル主權者意思ノ發表ニ外ナラスシテ法律命令中ニ所謂戰時トハ主トシテ平戰兩時法令適用ノ限界ヲ指示スルモノナリ此故ニ今回ノ朝鮮事件ニ付テハ宣戰ノ詔勅ハ本月一日附ヲ以テ發セラレタルニ拘ラス戰時ノ始期ハ^A〔去月二十五日即朝鮮豐嶋ニ於ケル海戰ノ〕(事實ニ於テ戰端ノ開カレタル)日ト定メラル、方可然今若シ宣戰詔勅ノ日ヲ以テ戰時ノ始期ト為ストキハ他日非常ナル差支ヲ生セサルヲ保セス例令ハ

- 一 宣戰詔勅公布前實際ノ狀況ニ依リ既ニ戰ノ成立シタル場合ニ於テ交戰国^B () () () () (ハ国際) 法上当然ノ權利ヲ執行スル能ハサルノ嫌アリ例ヘハ戰時禁制品ニ對スル必要ナル処分ノ如キモ之ヲ決行シ得サルノ疑アリ
- 二 宣戰詔勅公布前ニ實際戰ノ狀況成立シタルコトヲ時ノ便宜上局外国ニ通牒スルコトアルヘシ現ニ今回ノ事件

ニ付テモ詔勅發布前ニ既ニ戦ノ状況成立セル旨各局外国ニ通知シタリト聞ク

三 陸海軍刑法中戦時ノ法規ハ縦令ヒ實際戦ノ成立セルニ拘ラス必ス詔勅公布ノ日ヲ待タサルヘカラス若シ又公布ナキトキハ遂ニ適用ノ時期ナクシテ終ラン

四 詔勅公布前ニ渡海シタル軍人軍属ハ軍人恩給法ニ依リ従軍年加算ノ特典ヲ享クル能ハサルノ疑アリ
前陳ノ理由ニ依リ左ノ通指令相成可然歟

指令案

其ノ省提議戦時限界ノ儀ハ宣戦詔勅公布ノ日ニ拘ラス實際戦ノ成立シタル日^C〔即去月二十五日朝鮮豊嶋ニ於ケル海戦ノ日ト心得ヘシ〕（ト心得ヘシ）

明治二十七年八月二十五日¹³印

（注）原文中の訂正は、元文を（ ）に訂正文を（ ）として記した。

この閣議書には、伊藤首相と各大臣・伊東内閣書記長の署名と末松謙澄法制局長官・花房直三郎内閣総理大臣秘書官の朱印があり、用紙は法制局用閣議提案青野用紙一枚と法制局用一〇行×二青野紙四枚の美濃紙に墨筆されたものである。憲法解釈や法解釈の問題が含まれているため内閣法制局によって原案の起草がなされたものの、内容的にはきわめて高度な政治的判断が求められていたことから、伊東内閣書記官長と内閣書記官がその立案に加わっていた。

ここで、閣議決定の内容を詳しく検討してみる必要がある。第一は、太政官布告第三七号と憲法との関係についてであるが、明確な見解は示されていないもののその法的有効性を前提とした論理の組み立てになっていることから、布告第三七号は憲法発布により廃止されるという考えを否定したものと看做することができよう。尤も、布告第三七号と憲法とのかかわりで見ると、細部において食い違いをみることができる。布告第三七号は「戦時」を「外患又

ハ内乱アルニ際シ布告ヲ以テ定ムル」とあることから、法律規則中で「戦時」の用語概念に「外患」と「内乱」を含ませており、憲法や戒厳令をはじめとする戦時を規定した法令にある「戦時」「事変」の用語の区分に抵触していた。このため、布告第三七号の全てを立憲下において適用することはできないが、布告第三七号の立法主旨である布告を以って戦時が認定されたとした原則は確認されたとみてよいであろう。その場合の布告の形式は、憲法第一三条に特別の条件が付されていないことから「如何ナル形式ニ依リテ戦時ヲ指定スルモ差支」ないとされている。このため、単行法としての布告第三七号は憲法第一三条の運用規定とはならないことになる。それ故、宣戦大権の行使の方法は宣戦詔勅の渙発に限定されることはなくなり、その布告は必ずしも文書によるものだけではなく天皇の開戦意思を示す行動をも含められると解釈された。

第二の開戦方法については、戦時国際法との関係から「開戦ノ宣告」、則ち宣戦布告を伴う戦争はもとより無宣告開戦も合法であるとした上で、戦時の成立は宣戦とは直接的関係を持たずにその実際的狀況に委ねられるとし、戦時の成立は「宣戦詔勅ノ有無若クハ其ノ時期ニ拘ラス實際戦ノ成立シタル日ヨリ始マルモノト決定スル方穩当ナルヘシ」と結論づけている。閣議案は、ここで開戦に伴う行為としての宣戦書・告知状・詔勅の性格規定を行っている。それによると、宣戦書は「敵国ニ対シテ」発せられるもので、告知状は「中立国ニ対シテ」なされるものであり、いずれも戦時国際法とのかかわりや外交行動として位置づけられるとしたことから、天皇の開戦意思を表明する大権行使の一つである宣戦詔勅の渙発は、宣戦詔勅そのものを「臣民ニ公布スル主権者意思ノ発表ニ外ナラ」ならないとしてその政治的・外交的・法的効力を否定していた。則ち、天皇の宣戦詔勅の渙発は天皇大権の行使ではあるものの、その意味は国内における人民に対する政治的効果を求めたもので、何んらの法的拘束力も持たないとされていた。この見解は、憲法における天皇大権の骨抜きを意味するが、同時に政治的・外交的・法的な効力を有するのは國務部の判断

や統帥部の行為に委ねられ、天皇大権という名目をもった権力の専横を示していよう。

第三にかかる前提を踏えて、実際の日清戦争の戦時始期は宣戦詔勅が渙発された八月一日ではなく「事実ニ於テ戦端ノ開カレタル日ト定メラル、方可然」とされる。その大きな理由は、「宣戦詔勅ノ日ヲ以テ戦時ノ始期ト為ストキハ他日非常ナル差支ヲ生セサルヲ保セス」とする、現状認識による現実的問題にあった。その具体的な理由として、(一)宣戦詔勅公布以前において交戦国の戦時国際法上の権利の執行をなした高陞号事件や独逸国船舶等の中立国船舶に對して行つた公海上における戦時禁制品取締りのための臨検行為の合法性、(二)陸奥宗光外相が頻発する非交戦国との外交紛争を防止する方策として非交戦国を局外中立国となさんがために行つた中立国への交戦通知という外交行動の追認、(三)陸海軍刑法の戦時の適用、(四)軍人恩給法第二〇条・第二一条の適用等の諸点を上げている。いずれも、宣戦詔勅の渙発より前に先行して行つた外交・軍事行動とこれに伴う国際法とのかかわりや、陸海軍刑法・軍人恩給法の戦時特例の適用という戦争指導上の問題という、現実的問題にはかならない。

以上のことから、八月一八日の閣議は日清戦争の戦時の限界は「宣戦詔勅公布ノ日ニ拘ラス實際戦ノ成立シタル日ト心得ヘシ」と結論し、関係機関へ指令することとなった。尤も、この閣議書からはこの日の閣議が問題の性格上かなり紛糾したことがうかがえる。天皇大権の行使である宣戦詔勅の法的性格を、現実的な憲法運用の立場から規定し、その法的効力を否定して大山陸相閣議請議にある陸軍省の主張を退けたものの、その根拠が飽く迄も現実の実際的問題への対応にあったことから、戦時限界の具体的日付認定についてはかなりの異論が出されていたからにかならない。閣議書の原案は、曩に示した文書の中で訂正として記した、所謂削除したものに該当する。この閣議書には文中傍線を付したA・Cの三つの修正箇所があるが、内容的にはBとA・Cの二つである。Bは削除された元字は不明であるが、理由の一にある「交戦国ハ、国際法上」の傍点を付した箇所、書式的には原案起草中の修正で誤筆等による

ものと思われ、ここでの考察の対象とはならない。だが、そのAとCの点はきわめて重要である。Aの元文は「去月二十五日即朝鮮豊嶋ニ於ケル海戦ノ」であり、Cの元文は「即去月二十五日朝鮮豊嶋ニ於ケル海戦ノ日ト心得ヘシ」であった。いずれも、戦時限界を七月二十五日の豊島沖海戦の日を指定したもので、この閣議案の言わんとしていたものが憲法解釈や現行法令の解釈が憲法論的・法律論的になされたものではなく、日英外交紛争の原因となった豊島沖海戦において起った高陞号事件問題を配慮したものであったことがうかがえる。このため、該閣議書が天皇大権の行使として宣戦詔勅の渙発をもって戦時始期となすことは「他日非常ナル差支ヲ生」ずると憂慮し、開戦日を七月二十五日に定めんとしたのかについて、具体的な問題を上げて詳かに検討していく必要がある。

2. 国内法への戦時の適用

(1) 戦時給与規則

七月二三日の京城事件によって、日清戦争における「第一の戦死者」¹⁵となった第五師団歩兵第二一聯隊第二大隊第六中隊陸軍歩兵一等卒田上岩吉が戦死していた。¹⁶この日朝開戦という事態に対して、大山巖陸軍大臣は七月二六日に伊藤首相へ、

目下朝鮮国ニ派遣スル軍人軍属ノ給与ニ就テハ陸軍臨時給与規則ノ制定アリト雖モ該規則ハ暈竟平時ニ於テ単ニ朝鮮国ニ派遣セル軍隊ニ属スル軍人軍属ノ給与法ニシテ戦時若クハ事変ニ際シ軍隊等ニ関スル給与法ニ付テハ未タ何等ノ制定之レナシ尤平時ノ給与法ヲシテ悉ク戦時ノ給与ニ適用スルコトハ事実上為シ得サルヲ以テ早晚其制度ヲ要スルノミナラス目下ノ状況右給与法制定ノ必要ニ迫マレリ之レ本勅令ヲ仰ク所以ナリ¹⁶

と、陸軍戦時給与規則を制定すべく閣議請議を行った。この請議をうけた政府は、七月二八日の閣議において「目下

ノ形勢戦時ノ給与法ヲ定ムルヲ必要トスルノ時機ニ迫レルニ由リ之ヲ制定セントスルモノニシテ不得已儀ト思考ス¹⁷と決定し、七月三十一日勅令第一三三三号として公布した。¹⁸一方、海軍省も陸軍省より遅れて七月二十八日に海軍戦時給与規則を制定すべく閣議請議をなし¹⁹（後述）、七月三十一日の閣議で陸軍同様の主旨にて決定し²⁰、八月二日勅令第一三六号をもって公布した。²¹ここに、陸海軍の戦時給与規則という戦時の給与法による戦時体制の基礎が整ったのである。

この戦時給与規則は、陸軍が「戦時若クハ事変ニ際シ各部、各隊及軍人軍属ノ給与ハ本規則ニ依ル」（陸軍戦時給与規則第一条）とされ、海軍も「戦時若クハ事変ニ際シ軍人軍属ノ給与ハ本規則ニ依ル」（海軍戦時給与規則第一条）とされていたものである。これにより、陸軍では「戦地若クハ臨戦合囲地境ニ出発ノ者ハ其ノ出発ノ日ヨリ帰着ノ日マテ准士官以上及文官ニハ俸給五分ノ二、特務曹長、下士以下及前条ニ掲クル士官ノ勤務ニ服スル者ニハ給料四分ノ二ヲ増給ス」（同第六条一項）と、海軍も准士官以上及び候補生には俸給の五分の二、下士卒には四分の二、文官には俸給の五分の二、雇員傭人には給料の四分の二（同第二条第一項）を戦時加算として俸給・給料を増額されることになるが、この他糧食・馬匹の飼料・被服・旅費・埋葬費・傷痕又は疾病者の薬餌や帰郷療養保証・消耗品・事務繁劇手当金等を給与されることになる。このため、陸海軍指導者にとってこの戦時給与の適用は、将兵を勇躍させ出征兵士家族による銃後の守りを徹底させるためにも、きわめて重要なものであることがわかる。

この戦時給与規則の制定は、閣議請議書や閣議書にみられるように「目下ノ形勢戦時ノ給与法ヲ定ムルヲ必要トスルノ時機ニ迫レル」と、戦時の成立を前提とした認識に基づいていた。政府も陸海軍も、この段階において時局への認識が戦時下にあったといえる。それは、同規則の制定によって平時下での朝鮮出兵軍隊に対する特別給与規則である陸海軍の臨時給与規則²³の取扱い方によく表わされている。陸軍戦時給与規則第十九条は「明治二十七年勅令第六十三号陸軍臨時給与規則ハ本規則施行ノ日ヨリ廃止ス」とあり、海軍戦時給与規則第二三条も「明治二十七年勅令第六

十四号海軍臨時給与規則ハ本規則施行ノ日ヨリ廃止ス」とされ、共に戦時給与規則の施行日より臨時給与規則は廃止されることになっていたからにはかならない。このことは、臨時給与法から戦時給与法への移行が、平時から戦時への移行を意味するもので、その意味では国内法における平時法と戦時法との関係を示したものとといえる。然し、陸海軍の戦時給与規則制定時期の違いから、法的には陸海軍による戦時法の適用時期に相違が生じることになった。陸軍は七月三十一日付で公布されており、この公布日を施行日と認められることから陸軍の戦時法の適用は七月三十一日となり、一方海軍は八月二日付であったことから陸軍より三日遅く戦時法の適用ということになる。尤も、これは飽く迄も臨時給与法の廃止時期からみた条文の部分的解釈を示したもので、実際の適用時期を指したのではない(後述)。然し、平戦の分界となる臨時給与規則から戦時給与規則への移行が、陸軍の例でみると七月二六日に請議され同二八日に閣議決定し同三十一日に公布されるという、きわめて容易になされていた点は注意すべきであろう。それは、政軍関係者のなかでこの段階ではまだ平戦分界の持つ意味が充分理解されず厳密な法運用がなされていなかった左証と思われるからにはかならない。

次に、該規則の適用期間について、陸軍戦時給与規則では「戦地若クハ臨戦合囲地境ニ出発ノ者ハ其ノ出発ノ日ヨリ帰着ノ日マテ」(同則第六条第一項)、「守備隊又ハ臨戦合囲地境ニ在ル者ハ戒厳布告又ハ宣告ノ日若クハ開戦ノ当日ヨリ戒厳解止ノ日又ハ平定ノ日マテ」(同条第二項)と、海軍戦時給与規則でも「戦地派遣軍人軍属ノ増俸ハ其ノ出発ノ日ヨリ、既ニ派遣中ノ者ノ増俸ハ戒厳布告若クハ宣告又ハ開戦ノ日ヨリ各任務ヲ了ヘ帰着ノ日マテ」(同則第三条)、「臨戦合囲地境ニ在ル軍人軍属ノ増俸ハ戒厳布告若クハ宣告又ハ開戦ノ日ヨリ戒厳解止又ハ平定ノ日マテ」(同則第四条第一項)とそれぞれ定めていた。つまり、戦時給与が適用されるのは「出発」から「帰着」、「布告又は宣告」から「解止」、「開戦ノ日」から「平定ノ日」の期間ということになる。

このなかで、「出発」から「帰着」とは当該者の実際の行動を基に算定（辞令の日付を含めて）されるし、戒嚴令の「布告又ハ宣告」と「解止」も明文化した公示に基づき判定されることから、運用上では特に問題になることはない。然し、「開戦ノ日」から「平定ノ日」については確定した客観的基準は必ずしも明確とはいえない。「開戦ノ日」から「平定ノ日」までとは、平戦の分界を指し戦時の始期と終期を意味することから、戦時の成立と解除の認定が必要となる。この戦時の認定には、二つの問題がある。第一は帝国憲法には戦時の認定権に関する規定がないことであり、第二が戦時を認定する基準が多種多様あり固定したものがないという点にはかならない。第一の点についてみると、帝国憲法は前章で述べた如く天皇の大権事項として宣戦講和の権を定めてはいるものの、これは飽く迄も戦権が天皇にあるというにすぎず、戦時の認定権をも定めたものとはいえない。戦争には宣戦を伴う戦争と宣戦を伴わない戦争とがあり、戦争起因も常に主動者の立場とは限らず受動者の立場の可能性もあり、仮令宣戦を伴う戦争であっても宣戦の布告より以前に戦闘行為が開始され戦争状態が成立する場合もあり得る。まして、海牙開戦条約締結以前では宣戦布告が開戦に伴う国際法上の必要要件となっていないことから、宣戦布告と戦争状態の成立とは必ずしも一致するとは限らず、事実日清・日露の両戦争は宣戦布告前に戦争状態が成立していた。終期においても同様で、講和条約締結後においても戦争状態の継続はあり得るし、台湾鎮定戦争はその事例でもある。いずれも、天皇大権の行使としての宣戦講和があっても、実際の戦争状態の成立と継続は理論的にも現実的にもあり得ることから、天皇の宣戦講和の大権行使をもって戦時認定の絶対基準に求めることはできない。第二点の戦時認定の基準では、宣戦講和が絶対基準でない限りそこでは実際の戦争行為の有無や国際法的・外交的なものという多様な判断要因が存在することになる。日朝・日清両戦争においては、外交行動としてとった対韓・対清最後通牒の期限切れの日付を以て戦時始期とするか、局外中立国に対する日清交戦状態成立宣言や在外公館の撤去による国交断絶という外交行動を以て認定する

かというように、様々な始期点が考えられる。これは終期についても同様で、日清講和条約の締結・樺山資紀台湾総督の台湾平定宣言・戦時大本営の復員・戦時特別会計の期限等が上られよう。

法の運用には厳格さが求められると同時に、柔軟さも亦求められる。戦時法の適用期間も、理論的・政治的・外交的側面からの戦時の期間と実際運用期間との相違はきわめて当然なものであることから、法適用の期間をもってその全てを戦時と看做すことはできない。戦時加算や戦時特例を定めた戦時給与規則は、それ自体が戦時の認定を前提としたものであったとはいえず、その適用範囲は現実的要請により拡大する傾向をもっていた。日清戦争が、近代日本が最初に経験する本格的な対外戦争であったことから、対外的全面戦争に対応するための戦時体制はほとんど未完成で未整備な状態にあり、戦争の遂行に伴い現実的対応という要請から逐次個々に整備していかざるを得なかった。このため、実際には個々の制度間における矛盾や不統一性がみられ、それが表面化した段階で調整していくことによって解決するという現実主義的方法が用いられている。戦時の認定をする以前に、平時から戦時への移行を意味した戦時給与規則の制定・施行は、かかる日清戦争の特異的性格を象徴したものであったといえよう。

(2) 軍人恩給法

戦時給与規則と同じく出征軍将兵にとって重要な意味をもっていたのが、軍人恩給法であった。この軍人恩給法では従軍年加算が問題となるが、明治二三年六月二〇日に法律第四五号として公布され、同年七月一日より施行された軍人恩給法²⁴によると、第二〇条で「従軍年ハ現役外ノ年月ト為シ之ヲ其服役年数ニ加算スルモノトス」と規定されている。この従軍年加算には、第二一条で「一 外国戦ニ当リ出征軍ニ編入セラレ内国港灣ヲ出発シタルトキハ二個年」「二 内国戦ニ当リ出征軍ニ編入セラレ戦地ニ臨ミタルトキハ一個年」「三 臨戦合囲地境内ニ於テ服役シタルトキ

外国ニ在テハ二個年内国ニ在テハ一個年」「四 日本国外ノ鎮戍ニ在リタルトキハ一個年」「五 出征事件ニ関シ功績アル者及一時ノ出兵ヲ出征軍ト見做シ從軍年ニ加算スヘキ場合ハ勅裁ニ依ル」とがあり、ここでは第一項と第五項が問題となる。從軍年加算には、「出征軍ニ編入」されるか「出征事件」にかかわるか、又は「一時ノ出兵ヲ出征軍ト見做ス」かが必要条件となるが、そのためには「出征軍」「出征事件」と認定される戦時の認定が求められていた。日清戦争では、後日に戦地と認定される朝鮮国及びその海域に混成旅団の陸軍部隊と聯合艦隊たる海軍部隊の大半が開戦以前に存置されており、かかる部隊に対する適用が問題となる。なかでも、海軍については軍人恩給法第二二条で「海軍軍人ノ外国航海ハ從軍年ニ準シ内国港湾出発ノ日ヨリ一航海ヲ半個年ニ加算ス其航海十二個月ニ超エルトキハ更ニ半個年ヲ加算ス但シ第二十一条ニ当ルトキハ本条ヲ適用セス」とされていたことから、同法第二一条第一項により二個年加算か同第二二条により半個年かという該当条項の適用によってかなりの違いがあった。このため、戦時認定の日付は軍人恩給法の適用においてきわめて微妙な問題を抱えていたことになる。

尤も、日清戦争における軍人恩給の適用問題は軍人恩給法そのものの不備と事件そのものの複雑さにより法令解釈の特例化によって、かなり柔軟に運用されていた。明治二九年三月二六日、大山陸相と西郷従道海相は末松謙澄内閣恩給局長に宛て次の照会をなしている。

從軍年加算之儀ハ法規上明文アルモノト否ラサルモノ有之故ニ明治廿七八年ノ戦役ニ関シテハ別紙之通加算法決定致度ニ付御異見^{マヤ}之有無致承知度此段以連署及照会候也

明治廿九年三月二十六日

陸軍大臣侯爵 大山 巖

海軍大臣侯爵 西郷従道

内閣恩給局長男爵 末松謙澄殿

(別紙)

従軍年加算ノ方法ハ左ノ条項ニ拠ル

- 一 明治廿七年朝鮮国事件ニ依リ該国ニ派遣ノ軍隊及艦船ハ内地港湾出發ノ日ヨリ外国鎮戍ノ従軍年ヲ加算ス
- 二 明治廿七年七月二十五日(日清両国戦ノ成立シタル日)ヨリ朝鮮国若クハ清国ニ在リシ軍隊艦船及軍人ハ外征従軍年ヲ加算ス
- 三 明治廿七年七月二十五日以後清国若クハ朝鮮国ニ派遣ノ軍隊艦船及軍人ハ内地港湾出發ノ日ヨリ外征従軍年ヲ加算ス
- 四 清国若クハ朝鮮国ニ在リシ軍隊及艦船ハ其役務ヲ終リ内地港湾帰着ノ日迄外征従軍年ヲ加算ス但威海衛占領軍ハ全地着ノ日迄ハ外征従軍年ニ翌日ヨリ内地港湾帰着ノ日迄ハ外国鎮戍ノ従軍年ニ依リ加算ス
- 五 清国若クハ朝鮮国ニ在リシ軍人ハ平和詔勅發布ノ日迄ハ外征従軍年ヲ加算ス但詔勅發布前帰国ノモノハ内地港湾帰着ノ日迄トス
- 六 平和詔勅後ト虽モ澎湖島若クハ台湾ニ派遣ノ軍隊艦船及軍人ハ港湾出發ノ日ヨリ外征従軍年ヲ加算ス(閣議決定)
- 七 澎湖島若クハ台湾ニ派遣ノ軍隊艦船及軍人ハ明治廿八年十一月十八日迄ハ外征従軍年ヲ加算ス但十一月十八日前帰港シタルモノハ港湾帰着ノ日迄トス
- 八 平和詔勅發布後守備警備ノ役務ヲ帯ヒ清国又ハ朝鮮国へ派遣シタル軍隊及艦船ハ全地へ向ケ港湾出發ノ日ヨリ其役務ヲ終リ内地港湾帰着ノ日迄外国鎮戍ノ従軍年ヲ加算ス
- 九 内地ニ在テ戦役ニ関スル軍務ニ服シタル軍人ノ従軍年加算期限ハ日清両国戦ノ成立シタル日ヨリ平和詔勅發布

ノ日迄トス

十 明治廿八年十一月十九日以後澎湖島若クハ台湾ニ在ル軍隊艦船及軍人并ニ全地ニ派遣シタル軍隊艦船及軍人ノ
從軍年加算ハ逐テ之ヲ定ム²⁵

この照会に対して内閣恩給局は、四月九日付で「御照会ノ趣了承右ハ別ニ異見モ無之²⁶」と回答するとともに、四月一六日伊藤首相と末松局長は「軍人恩給法中第二十一条ニ從軍年加算法ヲ規定シ其第一ニ外国戦ニ当リ出征軍ニ編入セラレ内国港湾ヲ出發シタルトキハ二個年トノミニテ其他各項ニ在リテモ別ニ戦役ノ始終期ヲ明定セス尤モ始期ニ在リテハ各項ニ依リ各之ヲ認メ得ヘキモ終期ニ於テ抛ルヘキ明文無之候処今回二十七八年ノ戦役ニ関シ第二十三条ノ從軍年加算方ニ付陸海軍両省ヨリ協議有之別紙ノ通り相定候間往復書共相添供高覽候也²⁷」と決議した。これにより、大別すると(A)朝鮮出兵事件(明治二七年六月五日から七月二四日)には軍人恩給法第二十一条第四項により外国鎮戍從軍年として一個年、(B)七月二五日以降朝鮮国・清国に在る者にはこの日から同法第二十一条第一項により外征從軍年として二個年、(C)七月二五日以降朝鮮国・清国へ派遣された者は内地港湾出發の日から内地港湾帰着の日迄(B)と同じ、但し威海衛占領軍は威海衛到着迄が(B)をそれ以降は(A)を適用、(D)朝鮮国・清国に在る者で平和詔勅發布迄の者は(B)を適用するがこれ以前に帰国の者は内地港湾帰着の日迄の期間に(B)を、(E)台湾・澎湖島に派遣された者は港湾出發の日から樺山台湾総督が鎮定宣言をなした明治二八年十一月一八日迄を(B)にそれ以前の帰国者は港湾帰着の日迄(B)を適用、(F)平和詔勅發布後に朝鮮・清国で守備・警備の為に派遣された者は出發の日から内地港湾帰着の日迄を(A)に、(G)内地に在って戦役に関する軍務に服した者は開戦の日から平和詔勅發布の日迄(B)を適用、(H)明治二八年十一月一九日以降台湾・澎湖島に在る者は別途に定める、ということになる。これから、(A)と(C)と(G)において戦時始期が重要な意味を持つてることがわかる。軍人恩給法の適用は、動員兵士の士氣は勿論ながら出征軍隊を支える留守家族にとっても

現実的なものがあり、戦争指導者の用兵上切実なものであった。然し、ここでの従軍加算方の決定において戦時始期を日清間での実際に戦いの成立した日と定めていたことは、これ以前に起った戦闘である京城事件を戦時から除いたことを意味し、著しく不平等なものであったといえよう。

(3) 陸海軍刑法

陸海軍刑法²⁸⁾における戦時特例の適用は、八月一八日の閣議書にもあるように重要な国内法への戦時適用問題としてみる必要がある。更に、陸海軍刑法は一部の犯罪に対して軍人以外の者への適用規定(哨兵への暴行又は畏言・俘虜・兵器弾薬軍糧陣営具被服の焼燬又は棄毀・造言飛語・軍事に関する土地家屋船舶及び兵器弾薬その他軍需物品等の焼燬・図書や暗号記号等軍機軍情に関する漏洩・隊兵の潰走——以上「陸軍刑法」第一二条及び第一三条、艦船兵隊港湾要塞造船所造兵所武庫火薬庫兵器弾薬糧餉や軍事に関する土地家屋物件を敵に付した者・敵に利益を与える全ての行為・その他陸軍と同様の行為——以上「海軍刑法」第三條及び第四條)もあり、その影響はきわめて大きい。

ここで、陸海軍刑法の戦時の適用規定をみると、戦時の成立後における「敵ヲ利スル為」「敵前」「俘虜」「戦場」等の規定と、「戦時」「出師」の規定に分けることができる。前者については特に説明を要しないが、陸軍刑法では第五三条から第六三条・第六六条と第六七条・第七三条と第七四條・第八六条から第八九條・第九七條から第一〇一條・第一一八條・第一二〇條が、海軍刑法では第五九條から第七一條・第七六條・第七九條から第八二條・第八六條から第八七條・第九四條・第九八條と第九九條・第一〇三條・第一〇五條・第一一二條から第一一五條・第一一七條・第一三三條と第一三四條とがある。これは、同一犯行であっても犯行の行われた客観的状况により処罰内容が異なる場合をいうが、例えば陸軍軍刑法の第二章抗命では、

第六十六条 軍人命令ヲ下ス可キ権アル者ノ命令ニ抗シ若クハ服従セサル者敵前ニ在テハ死刑ニ処ス

軍中若クハ臨戦合围ノ地ニ在テハ二年以上五年以下ノ輕禁錮ニ処シ將校ハ剝官ヲ附加ス

其他ノ地ニ在テハ二月以上二年以下ノ輕禁錮ニ処シ將校ハ剝官ヲ附加ス

とある。海軍刑法でも、例えば第二章辱職において、

第七十六条 司令官其艦船破亡沈没スル時ニ当リ故ナク衆ニ先タチテ其艦船ヲ退去シタル者ハ左ノ區別ニ從テ処断ス

一 敵前ニ在テハ死刑ニ処ス

二 軍中ニ在テハ有期流刑ニ処ス

三 其他ノ場合ニ在テハ輕禁獄ニ処ス

とある。これらは、陸海軍刑法という特殊な法令の性格から処罰内容の相違があることを示している。それは、後者の「戦時」「出師」についても同様である。陸軍刑法中で「戦時」を用いて規定した条文は次の通りである。

第二百二条 軍人戦時軍中若クハ合围ノ地ニ在テ急呼ノ号報アル時故ナク来会セサル者ハ二月以上二年以下ノ輕禁錮ニ処シ將校ハ剝官ヲ附加ス

第二百三条 軍人戦時軍中若クハ合围ノ地ニ在テ兵器彈藥軍糧ノ運搬支給ヲ掌リ故ナク其欠乏ヲ致ス者ハ三月以上三年以下ノ輕禁錮ニ処シ將校ハ剝官ヲ附加ス

第二百六条 軍人允許ヲ得テ他方ニ赴キ故ナク帰著ノ期ニ後レ十日ヲ過ル者ハ二月以上一年以上以下ノ輕禁錮ニ処ス
戦時ニ在テ五日ヲ過ル者ハ六月以上二年以下ノ輕禁錮ニ処ス

第二百七条 徴兵故ナク徴集ノ期ニ後レ十日ヲ過クル者ハ十一日以上六月以下ノ輕禁錮ニ処シ戦時ニ在テ五日ヲ過ク

ル者ハ一月以上一年以下ノ輕禁錮ニ処ス

帰休兵及ヒ予備後備ノ軍籍ニ在ル者故ナク召集ノ期ニ後レ十日ヲ過クル者ハ一月以上一年以下ノ輕禁錮ニ処シ戦時ニ在テ五日ヲ過クル者ハ二月以上二年以下ノ輕禁錮ニ処ス

第百十七条 軍人壇ニ職役若クハ屯営本隊ヲ離レ六日ヲ過クル者ハ逃亡ト為シ二月以上一年以下ノ重禁錮ニ処シ將校ハ剝官ヲ附加ス新兵入営三月ニ滿サル者ハ一等ヲ減ス

戦時軍中若クハ合團ノ地ニ在テ三日ヲ過クル者ハ逃亡ト為シ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ処シ將校ハ剝官ヲ附加ス

第百十九条 軍人四人以上共ニ逃亡ノ罪ヲ犯ス者首魁ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ処シ將校ハ剝官ヲ附加ス

戦時軍中若クハ合團ノ地ニ在テハ輕懲役ニ処シ敵前ニ在テハ死刑ニ処ス

其他ノ犯人ハ第百十七条第百十八条ニ照シテ処断ス

海軍刑法では、軍務の性格の相違から陸軍の場合とは若干の違いをみせているが、該当する条項は次のものであった。

第百十九条 軍人允許ヲ得テ他方ニ赴キ故ナク帰著ノ期限ニ後レ十日ヲ過キタル者ハ二月以上一年以下ノ輕禁錮ニ処ス

第百二十条 帰休兵及ヒ予備後備ノ軍籍ニ在ル者故ナク召集ノ期限ニ後レタル者ハ左ノ區別ニ從テ処断ス

一 出師ノ時ニ在テ五日ヲ過キタル者ハ二月以上二年以下ノ輕禁錮ニ処ス

二 其他ノ場合ニ在テ十日ヲ過キタル者ハ一月以上一年以下ノ輕禁錮ニ処ス

第百二十一条 徴兵募兵故ナク徴集ノ期限ニ後レタル者ハ左ノ區別ニ從テ処断ス

一 出師ノ時ニ在テ五日ヲ過キタル者ハ一月以上一年以下ノ輕禁錮ニ処ス
 二 其他ノ場合ニ在テ十日ヲ過キタル者ハ十一日以上六月以下ノ輕禁錮ニ処ス
 このように、戦時と平時とでは大きな違いがあることがわかる。これをまとめると、次のようになろう。

(一) 「軍人允許ヲ得テ他方ニ赴キ故ナク帰著ノ期限ニ後レ」たる場合

平時 一〇日を過ぎた場合に二月以上一年以下の輕禁錮

戦時 五日を過ぎた場合に六月以上二年以下の輕禁錮

(二) 徴兵(故なく徴集の期に後れた場合——陸軍)

平時 一〇日を過ぎた場合一一日以上六月以下の輕禁錮

戦時 五日を過ぎた場合一月以上一年以下の輕禁錮

(三) 帰休兵・予備後備(故なく召集の期に後れた場合——陸軍)

平時 一〇日を過ぎた場合一月以上一年以下の輕禁錮

戦時 五日を過ぎた場合二月以上二年以下の輕禁錮

(四) 逃亡

平時 六日を過ぎた場合を逃亡として二月以上一年以下の重禁錮

戦時 三日を過ぎた場合を逃亡とし六月以上二年以下の重禁錮

(五) 集団逃亡の首魁

平時 一年以上五年以下の重禁錮

戦時 右同の輕懲役

敵前 死刑

(六) 帰休兵・予備後備(故なく召集の期に後れた場合——海軍)

出師 五日を過ぎた者二月以上二年以下の軽禁錮

その他 一〇日を過ぎた者一年以上一年以下の軽禁錮

(七) 徴兵・募兵(故なく徴集の期限に後れた場合——海軍)

出師 五日を過ぎた者一年以上一年以下の軽禁錮

その他 一〇日を過ぎた者一日以上六月以下の軽禁錮

平時と戦時の違いは、凡そ認定期間を半減し処罰期間を二倍にされていた。則ち、平時から戦時への移行は軍人・軍属等にとってきわめて厳しいものがあつたといえる。それだけに、平戦分界のもたらす影響は大きかった。日清開戦前後において最も重大な問題となつていたのが、(一)(四)と(六)(七)である。これを、第五師団が開戦前に行った三回の非常召集(六月五日と同一三日の充員召集、七月二三日の後備軍召集)の応召実態とのかかわりからみてみると、第五師団はこの三回の非常召集で召集対象者五二一名中応召者四七七四名、不参者三四七名と²⁹⁾応召率九三・二%にとどまつていた。つまり、不参者が対象者の六・八%も占めていたことから、第五師団の非常時態勢のあり方に疑問が提されその責任問題へと発展した程切迫したものがあつた。尤も、第五師団の管轄(広島・尾道・松江大隊区)のなかで、広島県は海外出稼移民の多い地方でもあり、又、国内でも大阪等への出稼者が多く召集通知が本人へ達しきれなかった事例が多かつたことは確かではある。だが、召集後において所轄の市町村長は大隊区司令官より不参者に対する告訴を要求され、その徹底が計られていたこと³⁰⁾からみても、陸軍刑法第一〇七条の運用は戦争指導上重要な意味を持っていたことがわかる。

ここで、陸軍の統計年報³¹⁾より明治二三年から同二九年までの陸軍の行刑総員累年比較をみると、次の第五表のようになる。まず、この表をもとに陸軍刑法の行刑総員数の推移を明治二三年を一〇〇としてみると、明治二四年が一・二・〇、同二五年が一・〇一・二、同二六年が九三・八、同二七年が一・〇五・二、同二八年が一・四・六、同二九年が九七・六と、総員数では増加の傾向にあり、なかでも明治二七年と同二八年はかなりの高率となっていることから、戦争の影響がきわめて大きいことがうかがわれよう。然し、行刑内の重罪の占める割合は、明治二三年が一・六〇%であったのに比べ、同二四年が〇・八二%、同二五年が〇・六八%、同二六年が一・〇四%、同二七年が〇・八七%、同二八年が〇・七〇%、同二九年が〇・三六と、明治二三年と同二六年が高率となっているのみで重罪の比率は下っていた。重罪・軽罪・違警罪の明治二三年から同二九年までの七箇年間における平均値からみた各年度の状況は、平均値がそれぞれ重罪一五・四、軽罪一六・二・三、違警罪一三・六・三であることから、重罪が多かったのは明治二三年の特異な現象でこの年を除いた六箇年分で見ると、合計八〇人中六箇年の平均値一三・三となり、明治二五年と同二九年が平均を下まわっているにすぎない。尤も、明治二三年が特殊であったわけではない。明治一九年から同二二年迄の行刑総員は、明治一九年重罪五〇名・軽罪一七八名・違警罪一七四名の計二〇〇八名、同二〇年はそれぞれ四二名・一五一七名・一四九名で計一七〇九名、同二一年は三三名・一四八三名・一一一名で計一六三七名、同二二年二六名・一八九六名・一七三名で計二〇九五名であったことから、漸次減少傾向にあったからにはかならない。なかでも重罪はその傾向を顕著に示していた。一方、明治二九年の数値は戦争の影響を強く受けたものとみられ、戦時における軍紀の厳粛が計られたものと思われる。軽罪では、七箇年平均一六・二・三に対して明治二四年と同二七年・二八年が上まわっており、なかでも明治二八年がきわだって高いことがわかる。違警罪では、平均一三・六・三を下まわったのが、明治二三年と同二六年及び同二八年にすぎない。但し、この数値には憲兵隊によって処分された海軍軍人軍

明治憲法体制と天皇大権(二)

第五表 行刑総員累年比較（明治23年1月1日～同29年12月31日）

年次 刑名		明治 23 年	明治 24 年	明治 25 年	明治 26 年	明治 27 年	明治 28 年	明治 29 年	計
重 罪	死刑	2	0	0	3	0	1	0	6
	無期徒刑	2	3	0	1	2	1	0	9
	有期徒刑	3	2	0	3	2	3	0	13
	無期流刑	2	0	0	0	0	0	1	3
	有期流刑	7	0	2	4	2	2	0	17
	重懲役	3	6	4	1	3	1	0	18
	軽懲役	9	5	6	4	6	5	4	39
	重禁獄	0	0	0	0	0	1	0	1
	軽禁獄	0	0	0	1	1	0	0	2
小計		28	16	12	17	16	14	5	108
軽 罪	重禁錮	995	1,386	1,390	1,267	1,199	1,400	1,134	8,771
	軽禁錮	559	368	170	220	403	441	131	2,292
	罰金	29	25	35	25	35	33	24	206
	主刑罰金ニ 換ル軽禁錮	1	2	7	1	6	0	0	17
	小計	1,584	1,781	1,602	1,513	1,643	1,874	1,289	11,286
違 警 罪	拘留	6	17	6	7	11	9	6	62
	科料	130	144	149	103	169	106	91	892
	小計	136	161	155	110	180	115	97	954
合計		1,748	1,958	1,769	1,640	1,839	2,003	1,391	12,240

(注) 違警罪中には憲兵隊において処分された海軍軍人軍属を含む。その数は次の通り。

明治23年 13名、同24年 11名、同25年 14名、同26年 10名
同 27年 15名、同28年 4名、同29年 8名

(出典) 『陸軍省第八回統計年報』・『陸軍省第九回統計年報』・『大日本帝國陸軍省第十回統計年報』（内閣文庫蔵）より作成。

属が含まれていることから、それを除いた陸軍関係者の実数は明治二十三年が一三一名・同二十四年一五〇名・同二十五年一四一名・同二十六年一〇〇名・同二十七年一六五名・同二十八年一一一名・同二十九年九七名の計九五四名となる。

日清戦争では第六表のように混成第九旅団が明治二十七年六月一日に野戦軍法会議を開設して以来、同二十九年六月三日に台湾兵站臨時陸軍軍法会議の閉鎖までの三ヶ年程の間に、一六の野戦軍法会議が設置されていた。混成第九旅団軍法会議は、朝鮮出兵に伴うもので戦時とは直接なかわりはないが、戦時下では明治二十七年八月四日に開設された野戦第五師団軍法会議が最初となる。日清講和条約締結後においても野戦軍法会議は出征軍の凱旋・復員までの若干の期間存置されたが、条約締結後に設置されたものも占領地駐屯や台湾鎮定作戦等により、混成第四旅団や占領総督部

第六表 日清戦争野戦各軍軍法会議開閉一覧

	開設日付	閉設日付
第一軍軍法会議	明治27年10月1日	明治28年7月9日
第二軍軍法会議	明治27年10月26日	明治28年5月15日
野戦近衛師団軍法会議	明治28年3月25日	明治28年11月9日
野戦第一師団軍法会議	明治27年10月3日	明治28年6月9日
野戦第二師団軍法会議	明治27年11月1日	明治29年4月22日
野戦第三師団軍法会議	明治27年9月1日	明治28年7月10日
野戦第四師団軍法会議	明治28年4月 日	明治28年11月 日
野戦第五師団軍法会議	明治27年8月4日	明治28年7月10日
野戦第六師団軍法会議	明治28年1月1日	明治28年5月25日
臨時第七師団軍法会議	明治28年4月4日	明治28年6月22日
混成第四旅団軍法会議	明治28年8月2日	明治28年9月13日
混成第九旅団軍法会議	明治27年6月11日	明治27年9月20日
占領総督部軍法会議	明治28年7月25日	明治28年11月30日
野戦近衛師団兵站軍法会議	明治28年6月9日	明治28年8月19日
台湾兵站臨時陸軍軍法会議	明治28年8月20日	明治29年6月3日
台湾総督府臨時軍法会議	明治28年9月10日	明治29年4月16日

(出典)「明治二十七八年ノ役野戦各軍法会議処理件数及人員」(『陸軍省第九回統計年報』、前掲)より作成。

第七表 日清戦争野戦各軍軍法会議行刑一覽

罪名 区分	重				罪				輕				罪				違 警 罪				總 計									
	無期徒刑	有期徒刑	有期流刑	重懲役	輕懲役	小計	の区分 割合中 (%)	重禁錮	輕禁錮	罰金	主刑罰金に 換る輕禁錮	小計	の区分 割合中 (%)	拘留	科料	小計	の区分 割合中 (%)													
	上長官	士官	準士官	下士官	諸卒	人計	軍属	囚徒	常人	合計	無期徒刑	有期徒刑	有期流刑	重懲役	輕懲役	小計	の区分 割合中 (%)	重禁錮	輕禁錮	罰金	主刑罰金に 換る輕禁錮	小計	の区分 割合中 (%)	拘留	科料	小計	の区分 割合中 (%)	數	割合(%)	
	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	數	割合(%)	
	0	0	0	0	0	0	100	0	0	0	0	0	0	0	1	1	4.8	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0.3
	0	0	0	0	0	0	20.0	100	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0.1
	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	2	2	0	3	1.1	0	0	0	0	3	1.0
	0	0	1	0	2	7	63.6	3	7	6	10	16	190	16	4	19.0	34	4	3	3	0	23	8.1	0	0	0	0	0	27	8.6
	0	1	2	7	6	16	51.2	206	39	25	284	258	9	3	90.8	3	5	8	100	282	90.1	3	5	8	100	282	90.1	282	18.8	
	0	1	3	7	6	21	6.7	17.0	92.9	18.2	9	19.8	90.7	15.8	50.0	27.6	2.6	313	20.9	6	0.5	5	0.4	0	0	0	0	6	0.4	
	0	0	0	0	1	1	5.3	3	0	2	5	0.4	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0.5	
	3	4	0	4	8	19	94.7	976	2	130	1,108	99.6	16	5	21	100	1,147	99.5	76.4	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0.4	
	3	4	0	4	8	19	1.6	80.6	4.8	80.0	1,113	96.5	84.2	50.0	72.4	1.8	99.9	76.8	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0.5	
	0	0	0	0	0	0	0	8	0	2	10	0	0	0	0	0	0	10	0.7	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0.4	
	0	0	0	0	0	0	0	0.7	0	1.2	0.7	100	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0.4	
	0	0	0	0	1	1	4.0	22	1	1	24	96.0	0	0	0	0	0	25	1.7	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0.4	
	0	0	0	0	5.3	2.4	2.7	1.8	2.4	0.6	1.7	95.3	19	10	29	1.9	100.0	1.7	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0.4
	3	5	3	11	19	41	2.7	1,215	42	165	1,431	95.3	19	10	29	1.9	1,501	100.1	42	165	9	95.3	19	10	29	1.9	1,501	100.1	99.0	100.1
	0.2	0.3	0.2	0.7	1.3	2.7	80.9	2.8	11.0	0.6	95.3	1.3	0.7	0.7	1.9	1.9	99.0	2.8	11.0	0.6	0.6	95.3	1.3	0.7	0.7	1.9	99.0	100.1	99.0	100.1

(注) 1. 区分中の割合(%)は各罪名中の割合を示す。

2. 統計欄割合中の軍人・軍属は、上段が軍人・軍属中の割合を、下段が全合計数中の軍人・軍属中種別割合を示す。

出典 『陸軍省第九回統計年報』(前掲)より作成。

をはじめ五つを数える。このなかの台湾総督府臨時軍法會議は、台湾総督府が台湾住民の激しい抵抗を受けるなかで軍衙組織へ一時移行したことに伴ったものである。この野戦軍法會議における陸軍刑法による行刑処罰者の総数は、次の第七表のようになっている。行刑者は、軍人三一三名・軍属一一五三名、囚徒一〇名・常人二五名の計一五〇一名にのぼり、なかでも軍属の割合が全体の七六・八%と高くなっており、軍属のなかでも役使が一一四七名で軍属中の九九・五%、全体の七六・四%にも達し、戦時中軍紀厳肅が呼ばれた軍役使の犯罪が異常に多いことがわかる。尤も、この犯罪については罪状をみる必要がある。軍属役使者の罪状で最も多いのが陸軍刑法では逃亡が三一五名と九八・一%を占めており、普通刑法では賭博が四〇〇名、竊盗一九八名、殴打創傷五五名と八一・一%、使役全体ではこれら罪状が八四・四%を占めていた。又、出征前の広島滞在中に大きな社会問題ともなった滞広中兵卒の犯罪も、軍人諸卒の軽罪（軍人中九一・五%）比率の高さから裏付けられよう。軽罪とはいえ、重禁錮に処せられ者は諸卒軽罪中七三・六%にも達していた。戦争犯罪とのかかわりからみると強盗一五名、強盗し人を殺傷した者三名、家宅侵入三名、強盗未遂一名、強姦五名、強姦未遂九名、強姦幫助一名等、処罰された者だけで三七名にものぼっていることから、実際の件数はかなりあったものとみられる。それらの全てが諸卒と役使であった。だが、士官の行刑が全くない（上長官への処罰は「監守スル所ノ財物ヲ竊取ス」によるもの）ことは、欧米列国の監視下に置かれ列国を模倣してひたすら文明国軍隊の模範たらしめんと努力していた姿をよく表わしている。³² それでありながらも、旅順口虐殺事件にみられるように戦時国際法と軍紀の肅正は容易ではなかった。まして、徴兵制軍隊による最初の外国との本格的近代戦争であった日清戦争では、国民の国家意識や軍隊認識はもとより、それまでの戦争が「武士の戦さ」「士族の戦さ」であったことからくる戦争観との断差を埋めることが、戦争指導上重要な課題となっていた。

ここで明治二十七年と同二十八年における陸軍刑法罪状別行刑数をみると、次の第八表のようになる。重罪による処罰

者は合せて一三名であるが、いずれも上官への暴行で、兵器を用いた暴行犯では死刑一名・有期流刑四名・軽禁錮一名を出している。上官に対する兵器を用いての暴行による処罰は、第九表のように明治二十七年・同二十八年が特にきわだって多いわけではなく、却って前年の明治二十六年の死刑三名・有期流刑四名や同二十三年の無期流刑一名・有期流刑七名の方が多い。これは、個人的な問題による犯罪としてみるべきもので、戦時という特別な状況下の問題と限定的に考える必要はないことを示していよう。然し、上官に対する暴行は単に上官に対するものだけではなく暴行行為全体としてみる必要がある、第八表の軽罪よりみられるように上官の公務中での暴行をはじめ軍務を行っている者への暴行や多衆相集っての暴行に単なる暴行等による処罰者が合せて二六名もいた。その年度別の割合は、重禁錮が明治二八年の四名、軽禁錮は明治二十七年が六名・同二十八年が一六名となっている。これはある意味では軍紀の乱れとしてみることができるが、軍紀の乱れでは職權妄用(明治二十七年が三名・同二十八年が三名)・上官への罵詈訾又は侮慢(同、五名と三名)・軍務中の者への侮慢(一名・〇名)・哨兵令違反(三六名・一八名)・哨令変更又は違反(五四名・七八名)・哨兵が擅に守地を離れる(一九名・一五名)・哨兵の睡眠(二七名・一七名)・擅に軍務地を離れる(二五名・五〇名)・故なく帰着の期に遅れる(三名・八名)と、合計三六五名で全体の一七・一%を占めている。年度別では、明治二十七年が一七三名・同二十八年が一九二名で、それぞれ年度内の割合は一七・九%と一六・四%となっていた。軍指導者にとって最も憂慮すべき問題は、国民のなかに根強くある兵役忌避や嫌軍的意識・軍への反撥感にはかならない。平時の場合ですら軍隊生活を嫌う者が多いなかで、戦時下ではより深刻化していく。逃亡による処罰者数は、それを如実に物語っていよう。第八表によると、逃亡により重禁錮刑に処せられた者は明治二十七年に五五七名であったものが、翌二十八年には七〇七名に急増していた。それは、前年の一二六・九にも達している。これを第十表より明治二〇年から同二十九年の一〇年間の推移でみると、明治二二年の八九九名を例外として凡そ六〇〇名を前

第八表 明治27・28年陸軍刑法罪状別行刑集計表

罪状	重罪		軽罪														罪					合計					
	重	罪	上官ニ対シテ兵器ヲ用ヒ暴行ス	二人以上上官ニ対シ暴行ス	上官ニ対シ暴行ス	上官ノ公務ヲ行フニ対シ暴行ス	軍務ヲ行フ者ニ対シ暴行ス	多衆相集リ暴行ス	暴行	軍用馬匹ヲ創傷ス	官給品ヲ棄毀ス	職權ヲ妄用ス	上官ヲ罵詈又ハ侮慢ス	軍務ヲ行フ者ニ対シ侮慢ス	哨兵ニ対シ哨令ヲ犯ス	哨令變更又ハ違犯	哨兵擅ニ其守地ヲ離ル	哨兵睡眠ス	擅ニ軍務ノ地ヲ離ル	故ナク帰着ノ期ニ後ル	召集及徴集逾期		俘虜ヲ護送懈怠ニ因リ逃走ヲ致ス	逃亡	詐偽	身体ヲ毀傷シ兵役ヲ免ルノ事ヲ図ル	結黨並結黨脱營
行刑	死刑	27年 28年		1																							0 1
	重無期徒刑	27年 28年																									0 0
	有期徒刑	27年 28年																									0 0
	有期流刑	27年 28年	2 2																								2 2
	重懲役	27年 28年																									0 0
輕懲役	27年 28年																									0 0	
																										0	

明治憲法体制と天皇大権(二)

[illegible]

〔行刑総員〕（『陸軍省第八回統計年報』及び『陸軍省第九回統計年報』より作成）
 （出典）

後していたものが、明治二八年には非常に多い七〇七名となり、同二九年は五九名減じたものの依然として高い数を示していた。重禁錮のみでも同様であるが、六箇年間のなかに占める明治二七年から同二九年までの三箇年間の割合は五二・八％とそれ以前の三箇年間（明治二三年迄は陸軍刑法改正前の旧法によるもので比較対象とはならない）に比べかなり高い。これは、明らかに戦時法適用とのかかわりとしてみるべきであろう。出征軍は、明治二九年までは残っていたこともあり、この後半の三箇年は戦争の關係とみることができる。

戦争と民衆の感情とのかかわりを最くよく示しているのが、前述の第五師団の非常召集にみられた召集時期遅延者の問題であった。第十一表は召集及び徴集の時期に遅れたことから軽禁錮処分に処せられた者の行刑数であるが、明治二〇年から同二六年までの行刑数は僅か三名で、年平均〇・四三名にすぎなかった。それが、明治二七年には八四名にものぼり、翌二八年には前年の四分の一の二一名と減じてはいるものの、平時に比べて比較しきれない程の高い数値を示していた。このなかで、任官又は就役前の者（表中括弧）が明治二七年で一六名と八四名中の一・九％を占めているが、翌二八年には三名、一四・三％に減じていた。これは、軍が府県知事を通して市町村長へ強い行政指導を行った結果といえよう。然し、かかる召集及び徴集違期者の数値が、平時下での「徴兵故ナク徴集ノ期ニ後ル」者の処罰数に比べ比較にならない程の高い数値を示していたことは、これが単に徴兵忌避や嫌軍意識によるものだけではなく、戦争そのものへの嫌悪や出征そのものへの拒否という、民衆の素朴な感情を表わしたものだといえよう。国内での昂揚した対外強硬・対清討伐世論や好戦的雰囲気と裏腹に、出征兵士やその家族にとって戦地や戦場へ直結する召集・徴集をできる限り延引せんと微弱な抵抗をこころみていたのであった。

明治憲法体制と天皇大権(二)

第十一表

「徴兵故ナク徴集ノ期ニ後ル」罪による処罰

年度 \ 刑罰	重禁錮	軽禁錮
明治20年	0	0
明治21年	0	1
明治22年	0	0
明治23年	0	0
明治24年	0	1
明治25年	0	0
明治26年	0	1
明治27年	0	84(16)
明治28年	0	21(3)
明治29年	1	2

第九表

上官に対する兵器を用いた暴行処罰

年度 \ 刑罰	死刑	無期流刑	有期流刑	重禁錮	軽禁錮
明治20年	0	0	0	1	0
明治21年	0	0	3	0	0
明治22年	0	0	3	1	0
明治23年	0	1	7	0	0
明治24年	0	0	0	0	0
明治25年	0	0	2	0	0
明治26年	3	0	4	0	0
明治27年	0	0	2	0	1
明治28年	1	0	2	0	0
明治29年	0	0	1	0	0

第十表 逃亡処罰

年度 \ 刑罰	重禁錮		軽禁錮		計	
	数	%	数	%	数	%
明治20年	0	0	645	26.4	645	10.2
明治21年	0	0	588	24.0	588	9.3
明治22年	0	0	899	36.7	899	14.2
明治23年	274	7.0	260	10.6	534	8.4
明治24年	590	15.1	54	2.2	644	10.2
明治25年	565	14.5	2	0.1	567	8.9
明治26年	555	14.3	0	0	555	8.8
明治27年	557	14.3	0	0	557	8.8
明治28年	707	18.2	0	0	707	11.1
明治29年	648	16.6	0	0	648	10.2
計	3,896	100	2,448	100	6,344	100.1

(4) 戦時関係法令

日清戦争までの日本の近代軍制には、大規模な外征や外戦のための制度、則ち海外出兵・戦時体制に関する制度は、戦時給与規則にみられるようにほとんど皆無に近い状態にあった。詰り、全くの未整備な状況のなかで朝鮮出兵から日清戦争が行われたといえる。このため、伊藤内閣は出兵政策や戦争遂行をなすなかで逐次その制度を整えていかざるを得なかった。

明治二七年六月二日の朝鮮出兵政策決定から翌七月二三日、則ち日朝戦争開始の前日迄の間において朝鮮出兵事件に関して制定又は改正された法令は、法律一件・勅令二八件・陸軍省令四件・海軍省令四件・陸軍省達二〇件・海軍省達一四件・大蔵省訓令一件・陸軍省告示一件・内務省告示五件の合計七八件にのぼるが、このなかで戦時・事変に関するものは勅令一件・陸軍省令二件・海軍省令二件・陸軍省達二件・海軍省達一件・大蔵省訓令一件の計一九件にのぼっていた。³³これを、更に明治二八年四月一七日の講和条約締結までを含めた朝鮮出兵事件・日朝戦争・日清戦争における関係法令をみると、詔勅一件（但し、第六回帝国議会議会解散の詔勅は除く）・法律二件・勅令一二四件・内閣令七件・陸軍省令一三件・海軍省令九件・大蔵省令五件・内務省令二件・文部省令二件・陸軍省達七二件・海軍省達五〇件・陸軍省訓令二件・大蔵省訓令一件・陸軍省告示一三件・海軍省告示二三件・通信省告示一三件・内務省告示一四件・大蔵省告示六件・宮内省告示二件の合計三七一件にのぼるが、このなかで戦時・事変を特定して制定又は改正されたものは、法律五件・勅令四三件・陸軍省令四件・海軍省令三件・文部省令一件・陸軍省達一四件・海軍省達一〇件・大蔵省訓令一件・陸軍省告示一件の計八二件で、全体の二二・一％を占めていた。勿論、この他に日清戦争のみに限定された法令が八八件、軍事全般にかかわったものが一〇一件、戦傷病四件・恩給四件・戦死二件・遺族扶助一件等があり、日清戦争に直接的にかかわる法令はかなりの数にのぼっていた。³⁴

ここで、既存の主なる法令中、「戦時」「事変」に特定されたものを掲げると、次のようになる。まず徴兵令において戦時・事変にかかわるのは、次の各条項である。³⁵⁾

第六条 各兵役ノ期限既ニ満ルト雖モ戦時或ハ事変ニ際スルトキ若クハ臨時ニ演習或ハ觀兵ノ挙アルトキ若クハ航海中或ハ外国駐劄中ハ其期ヲ延スコトアル可シ

第十四条 予備兵ハ戦時若クハ事変ニ際シ之ヲ召集ス平常ニ在テハ毎年一度六十日以内勤務演習ノ為メ之ヲ召集シ又毎年一度簡閲点呼ヲ為ス

第十五条 後備兵ハ戦時若クハ事変ニ際シ予備兵ニ次テ之ヲ召集ス平常ニ在テ勤務演習及簡閲点呼ヲ為スコト予備兵ニ同シ

第十六条 国民兵ハ戦時若クハ事変ニ際シ後備兵ヲ召集シ仍ホ兵員ヲ要スルトキニ限り之ヲ召集ス

第二十二條 抽籤番号ノ順序ニ從ヒ毎年所要ノ現役兵員ニ超過スル壯丁ハ一箇年間^{十二月一日}ヨリ起算ス予備徴員トシ戦時若クハ事変ニ際シ兵員ヲ要スルトキ又ハ其年徴集ノ兵員欠クルトキ之徴集ス

このように、徴兵令では戦時・事変に際して第六条で現役兵の兵役期限の延長を、第十四条で予備兵非常召集を、第十五条で後備兵を第一六条で国民兵の非常召集を定めている。則ち、ここにおける条項は臨時の演習や觀兵・航海中又は外国駐劄の場合を除くと、飽く迄も戦時・事変に限って兵役期限の延長や予備後備国民各兵の召集を定めたものであって、徴兵令中にはそれ以外の理由による特例を規定したものはなかった。然し、実際には第五師団が前述の如く六月五日と同一三日に充員召集を、七月二三日に後備軍召集をなしており、既に朝鮮出兵事件に際して戦時若くは事変に準じた法施行がなされていた。更に、陸軍は朝鮮出兵事件に際して六月一八日に陸軍省達第五八号を発して現役下士兵卒（六週間現役兵は除く）と雑卒・職工・予備後備兵卒の充員召集・後備軍召集に応じた者の服役期限

の延長をなしており、更に七月一六日には勅令第一一五号「陸軍現役下士上等兵再服役条例」⁽³⁶⁾を以って現役下士上等兵の再服役を命じていた。海軍も、七月二日海軍省令第七号「海軍予備後備役下士卒臨時召集令」⁽³⁸⁾を発するとともに、同一九日には勅令第一二三号「鎮守府及艦隊部定員ノ外軍人軍属臨時服役ノ件」⁽³⁹⁾を公布していた。これらはいずれも、朝鮮出兵事件中のものであって明らかに戦時を認定される始期以前のことであった。然し、条文解釈上からみるとここでの適用は戦時又は事変と認定した上でなされたものとみられることから、法的には朝鮮出兵事件を戦時に準じたものと拡大解釈したのではないかと思われる。確かに徴兵令には戦時以外に海外出兵に対する特定した規定がなく、朝鮮出兵事件のように戦時以外の大規模な海外への軍隊の派遣は立法段階では想定されてはいなかった。用語解釈上、事変は飽く迄も内乱等の国内における事態に限定されていたことから、戦時がその他外国との全ての関係を規定することになる。それは、既存の法令解釈に限ったものではなかった。京城事件や豊島沖海戦によって日朝間と日清間とで戦争状態が成立した直後、勅令第一二八号により「戦時若クハ事変ニ際シ陸軍監督部及軍吏部士官ニ欠員アルトキハ必要ニ応シ陸軍監督学生ノ中ヲ特選シテ陸軍監督補ニ陸軍一等書記ノ中ヲ特選シテ陸軍三等軍吏ニ任用スルコトヲ得」⁽⁴⁰⁾を、勅令第一三〇号陸軍士官下特別補充条例により「戦時若クハ事変ニ際シ陸軍士官及下士ノ欠員アルトキハ其ノ補充ニ関スル諸条規ニ依ルノ外仍本条例ニ依リ補充スルコトヲ得」(同第一条)・「戦時若クハ事変ニ際シ召集ニ応シタル者ニシテ左ニ掲クル者ハ必要ニ応シ予備見習士官ト為シ士官ノ勤務ニ服セシムルコトヲ得」⁽⁴¹⁾(同第五条)として(一)一年志願兵終末試験及第証書ヲ所持する者、(二)士官適任証書を所持する予備後備準士官下士を求めていた。これは、戦時を認定したことを前提とした法施行であるが、いずれも戦争状態成立後から宣戦詔勅渙発前のものであった。この他、戦時・事変にかかわる法令としては、火薬取締規則第五条「戦時若クハ事変ニ際シテハ陸軍卿海軍卿ハ火薬類ノ払下ケヲ停止シ内務卿ハ其売買運搬ヲ停止スルコトアル可シ」⁽⁴²⁾や、私設鉄道条例第二三条第一項「戦時若

クハ事変ニ際シテハ徵発令ノ定ムル所ニ從ヒ鐵道ヲ使用セシムヘシ」・同第二項「平時ト雖モ至急ニ兵隊ノ派遣ヲ要スル場合ニ於テハ當該官庁ノ命ニ從ヒ速ニ之ヲ輸送スヘシ但其運賃ハ第二十一条ノ例ニ依ル」(明治二〇年五月一七日勅令第一二二號)等がある。このなかで、実際に施行されたのは七月二六日の陸軍省告示第一〇號「當省火藥類払下ノ儀ハ当分ノ内停止ス但直接ト間接トヲ問ハス軍事上ニ關係スルモノハ払下クルコトアルヘシ此場合ニ於テハ火藥ノ種類數量並ニ使用ノ目的ヲ詳記シ陸軍大臣ニ出願スヘシ」⁴⁴⁾のみであった。第五師団の兵員輸送に關しては、既に山陽鐵道が広島まで開通されていたことから、私設鐵道條例の適用がなされていたものと思われるが、同條例第二項の適用に關する法令が発せられていないことから、平時における緊急輸送として同條例第二項を用いたのではないかと考えられる。

以上のように、徵兵令施行以來國軍として初めて大規模な動員を伴った對外戦争を行うに際して、その内部に抱えていた軍の社会的認知の問題に直面していた陸海軍にとって、陸軍刑法をはじめ軍關係法令の運用における嚴しい戰時法の適用は不可欠なものとなっていた。なかでも、徵兵忌避や嫌軍的風潮が充満していた状況のなかで、軍の威信を高め軍の統率を強化していくことは、その後の戦争指導において重大な意味を持っていた。更に、日清戦争が建軍以來初めての総力を上げた大規模な戦争であったため、戰時に対する法令、制度の不備が随處に露呈しそれを補う必要もあった。陸軍刑法の戰時適用には、戰時の認定が必要要件とされてはいたものの、實際的にはその他の關係法令が戰時を前提として既に施行されており、戰時の認定關係はそれら施行中の諸法令とのかかわりで検討されなければならなかったといえる。

3. 戦争始期論と戦時国際法

(1) 豊島沖海戦と高陞号事件

このように、宣戦詔勅の渙発以前に国内法でみると既に戦時を前提とした法運用がなされており、戦時を認定する前に戦時に関する法令が施行されていた。このため、宣戦詔勅の渙発をもって戦時の始期となすことは国内法の施行状況からしてきわめて困難な状況にあったといえる。八月一八日の閣議決定は、かかる戦時に関する国内法の施行状況を踏えて現実主義的な解釈を示したわけだが、それ以上に重要な判断理由であったのが日英間の外交紛争として起った、英国船籍の高陞号を公海上において宣戦詔勅の渙発前に日本の軍艦によって撃沈するという、所謂高陞号事件に対する国際法解釈による戦時始期問題にほかならない。

このため、まず国際法上の論争となった豊島沖海戦と高陞号事件の経由をみていく必要がある。日本政府は、清国政府に最後通牒を交付した七月一九日、海軍は清国との開戦に備え常備艦隊四三一二四噸と西海艦隊（司令長官相浦紀道海軍少将）一一三七七噸を合せて聯合艦隊を編成し常備艦隊司令長官伊東祐亨海軍中将を聯合艦隊司令長官に、蛟島員規海軍大佐を同参謀長に任命するとともに、樺山資紀海軍軍令部長を佐世保に派遣して聯合艦隊に「清国若シ軍兵ヲ増派セハ中途ニ之ヲ阻遏スヘキ」とした大本営命令を発した。⁴⁵ かかる緊迫した状況のなかで、先の対清最後通牒文中にある爾後清国より朝鮮国への兵員増派は日本への挑発行為と看做しそれによって生じる事態についてその全てが清国政府の責にある、との通告にある事態が生じた。清国政府はこの通告内容を了解していたか否かは判然としないが、朝鮮駐留軍を増強すべく巡洋艦濟遠・広乙・広丙等を分派して輸送船団護衛として派遣するとともに運送船愛仁号・飛鯨号を牙山に送り七月二三日陵軍兵員を上陸させていた。⁴⁷ 次いで、同日運送船高陞号は護衛艦操江に伴われて陸兵一一〇〇名余と大砲等を載せて太沽を出港していた。⁴⁸ かかる状況のなかで、七月二三日聯合艦隊は本隊・第一遊撃

隊・第二遊撃隊の編成をなし佐世保より朝鮮国全羅道群山沖に向けて出港し翌二四日夜には全羅道黒山島沖に達したことから、牙山灣附近の強行偵察をなすべく坪井航三少将率下の第一遊撃隊(旗艦吉野と浪速・秋津洲)を分派した。⁽⁴⁸⁾

七月二五日の早朝午前四時三〇分豊島沖のベーカー島に到達した第一遊撃隊は、予ねて合流を予定していた八重山・大島と武蔵を発見できぬまま搜索行動を継続していたが、午前六時三〇分頃牙山方面より接近せる済遠・広乙の清国艦艇を発見する。ここで坪井少将は、清艦二艦が「我軍艦ノ北進ヲ認メ急ニ汽力ヲ増加シ且ツ直ニ戦闘準備ヲ為」したことから未会の八重山等は既に清国艦隊に破碎されたものと推則し直ちにこの両艦との戦闘を準備し、日清両艦隊三〇〇米突の距離に接近した午前七時五二分、まず済遠が吉野に向け砲撃をなしここに戦闘が開始された⁽⁴⁹⁾(挿図参照)。済遠は吉野より発せられた一五センチ速射砲弾が艦橋に命中し大損害を受けて敗走し、また広乙も秋津洲・浪速の砲撃をあびて大損害を受け忠清道泰安県沿岸に逃れ擱岸後自爆した。⁽⁵¹⁾一方、七月二五日早朝既にこの海域に達していた操江は午前九時頃に蔚島附近で敗走中の済遠と会い、済遠からの信号により日本海軍との交戦を知り直ちに威海衛にもどらんとしたが、秋津洲の追窮をうけ午前十一時四〇分降伏した。⁽⁵²⁾

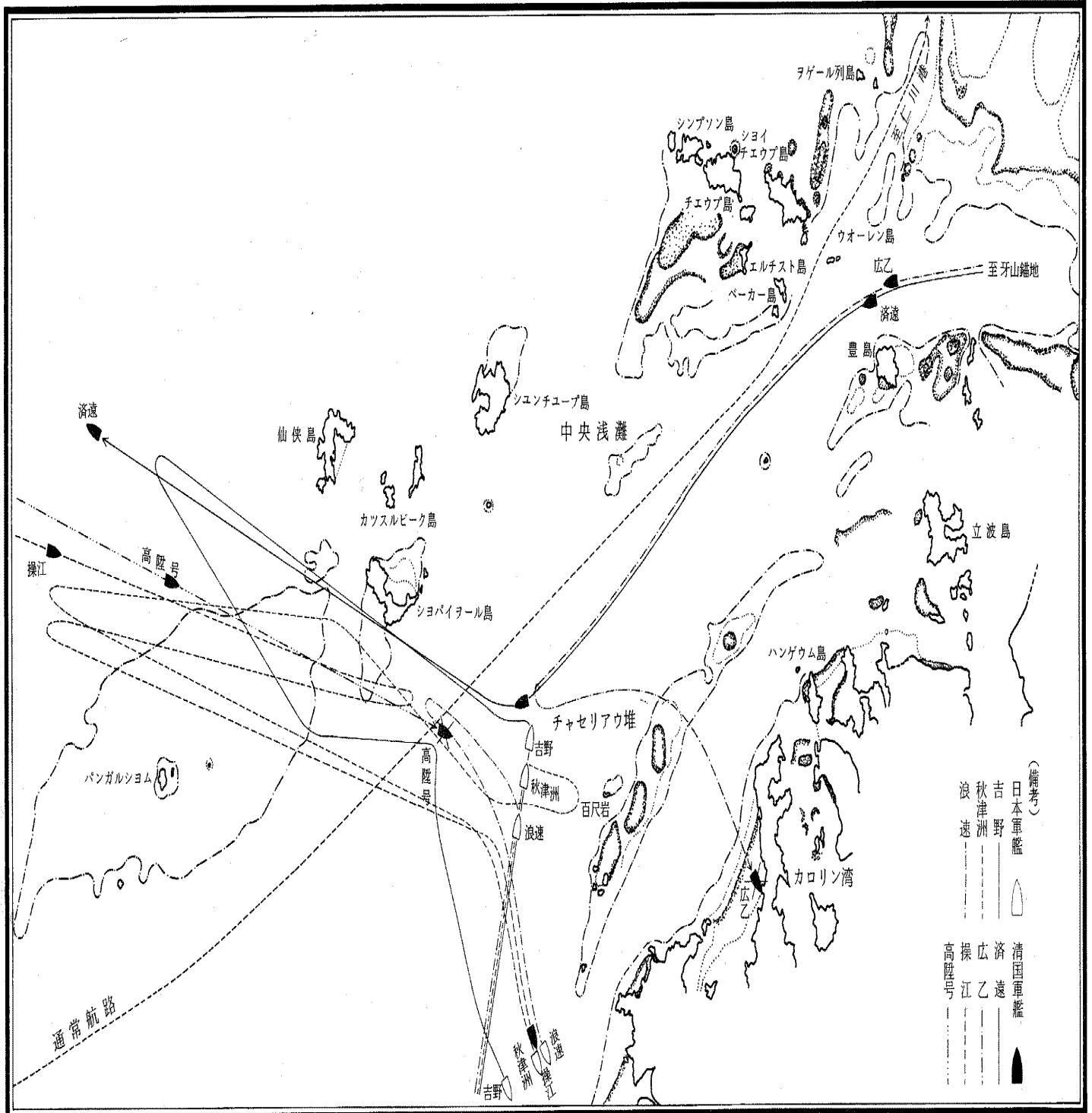
これより前、済遠を追撃していた日本艦隊の前に午前八時三〇分英国旗を掲げた高陞号が済遠を追う浪速の間を横切るような形で割り込んできた。⁽⁵⁴⁾勿論、高陞号は未だ日清両国軍艦による海戦の事情を理解していなかったわけだが、この時済遠は日本軍艦旗の上に白旗を掲げ降服の意を示したことから、浪速は砲撃を中止するとともに高陞号に空砲二発を発し停船を命じた。投錨した高陞号に浪速艦長東郷平八郎海軍大佐は、臨検士人見善五郎海軍大尉を送り高陞号船長の英国人ガルスウォルスリー(Thomas Ryder Galsworthy)に浪速に随行すべきを命令した。然し、船内は日本軍と闘わずして降伏することを拒否する清国兵によって占拠されたことから、退船命令の後午後一時一〇分浪速は魚雷を発射して撃沈せんとするも命中しなかったため、次いで一五センチ速射砲五門を以って砲撃を加えた。これ

に對して、清国兵も勇敢にも小銃にて激しく応戦したが、同四六分高陞号は沈没した。⁵⁵

人見大尉が臨検した際、ガルスウォルスイー船長は太沽に帰港することを求め、その理由として「本船ハ元ト英船ニシテ其出港シタル時ハ未タ宣戦ヲ公布セラレサリシ時ナリシ」と主張していた。⁵⁶これは、高陞号に乗船していた清国軍指揮官の主張でもあったが、東郷艦長はその主張を退け船内の状況を「清兵船長ヲ脅迫シ我令ヲ拒ムモノト認⁵⁷」め清国軍將兵の行為を抗敵行為と看做して直ちに攻撃し撃沈している。両者の見解の違いは、高陞号側が浪速による臨検を受ける前に既に日清間で交戦状態が成立して開戦となったことは認めながらも、本国の太沽を出港したのはそれより以前であり未だ交戦の通知を受取っていないこと、船籍は英国であり船長以下乗組員は清国人ではないことから、開戦の事実を知った後に直ちに出發地である太沽に帰港する権利を持っているのに対し、浪速側は日清間が既に開戦となり清国は交戦相手国であること、船籍が中立国船舶であるとはいえ交戦相手国の兵員と大砲を積載していることから高陞号は中立国船舶ではなく清国の雇った軍用船であると看做し、船籍本国の保護を得られない敵対国船舶であると認定し公海上における臨検及び拿捕は勿論乍ら既に日清両国軍艦において交戦していることから他の艦船同様に攻撃する権利を有するとし、且つ船内では船長以下が清国軍將兵の脅迫をうけるとともに船そのものが清国軍兵士によって「不法占拠」されたものと断定し、更に清国軍將兵が浪速の隨行命令に従わず抗敵意思を表われていたことから、正当な権利として撃沈したとしている点にある。

この豊島沖海戦は、日本では吉野・浪速が少許の損害を受けたものの兵員の損害はなく、清国は広乙が死者四〇名・濟遠が死傷者約二〇名、高陞号が溺死者一〇三〇名余の犠牲者と操江の降伏者八二名及び広乙・操江二艘を失う損害を出していた。⁵⁸清国の犠牲者の大半は高陞号にかかわったものであるが、この高陞号 (The Kow-shing) はリッゲド・スクーナ型装鉄船で公認番号八七〇〇、⁵⁹船籍は英国、持主は倫敦の印度支那汽船会社 (Indo-Chinese Steam-

豊島沖海戦に於ける日清両国艦隊航跡略図（明治27年7月25日）



（出典）『明治廿七八年日清戦史』第一巻，挿図第二より作成。

ship Navigation Co.)、代理店が上海のジャーデン・マヂソン会社 (Jardine, Matheson and Co.)、一八八三年に製造し純噸数一三五四噸・総噸数二一三四噸で、ここに船長ガルスウォルスイー、一等運転手ルイース・ヘンリー・タンプリン (Lewis Henry Tamplin)、一等機関士ウィリアム・ゴルドン (William Gardon) の他、二等・三等運転士と二等・三等機関士各一名の計七名の英国人、按針手ルーカス・エヴァングリスター (Lucas Evangelista) 他三名のマニラ人に水夫六四名と、旅客として独国人で退職陸軍士官のフォン・ハイネッケン (von Hanneken 漢納根) に通永鍊軍左右二營・義勝營・北塘水雷兵・砲隊の親兵前衛 (天津) 等の清国軍將兵一二三〇名余⁽⁶¹⁾を載せていた。乗船者のなかで日本の軍艦に救助されたのは、ガルスウォルスイー船長・タンプリン一等運転士・エヴァングリスター按針手の三名にすぎなかった。

高陞号撃沈の報が外務省へもたらされたのは、釜山総領事館の永瀧久吉領事官補が七月二七日午後二時三五分に発した「我軍艦ハ豊嶋近海ニテ清国運漕船一艘ヲ打チ沈メ其ノ一艘ヲ奪占シ他ノ二艘ヲ走ラシメタリ」⁽⁶²⁾との電報によるものであるが、これは翌二八日午前二時四五分に接受している。この日、大本營へも豊島沖海戦の情報が伝えられているが、政府は直ちに末松法制局長官を佐世保鎮守府へ出張させることとし、陸奥外相は末松に七月二九日次の各項に関する詳細な取調べ事項についての訓令を⁽⁶³⁾発した。⁽⁶⁴⁾

- 一 今回朝鮮国牙山口ニ於テ撃沈シタル運送船ハ其船名ヲ何ト称シ清国船籍ニ属スルモノナルカ又ハ他国船籍ニ属スルモノナルカヲ確カメル事
- 一 該船ノ噸数、船質、速力、及其製造年月
- 一 乗組人ノ総数及其属籍
- 一 該船ニ乗込居リシ兵員ノ数及武器ノ数

一 乗組西洋人ノ姓名、職務及年齢

一 出発セシ場所及其指往ク場所

一 出発ノ年月日時

一 沈没ノ際死亡セシ員数及生存ノ人員

一 該船ハ清国政府ニテ新タニ買入レ未ダ旗章ヲ換ヘサル内ニハ非サルカヲ確カメル事

此外タリトモ総テ我参考ト可相成事項ハ可成細密ニ被取調度候右及訓令候也

この訓令から、陸奥外相が最も注視していたものが、運漕船の船籍・乗組西洋人の委細・出発の場所と行先並に日時・生存者であったことがわかる。それは、新たに生じる第三国との外交問題に対処するための情報を収集せんとしたものであるが、末項の「該船ハ清国政府ニテ新タニ買入レ未ダ旗章ヲ換ヘサル内ニハ非サルカ」に象徴されるように、第三国との紛争を極力回避せんとする期待がうかがわれよう。然し、陸奥の一条の期待もむなしく、事實は陸奥の最も恐れる国の一つである英国船籍の船舶であった。この訓令を発した時には、陸奥外相は事件の概要をかなり承知していたと思われる。前述のように平山藤次郎八重山艦長（海軍大佐）が七月二九日午前二時四五分に佐世保から西郷海相に宛てて、事件の概要を伝える電報を発しており、同日午前八時五五分に海軍省に着電していたからにはならない。⁶⁶末松法制局長官を佐世保へ出張させたのは、実はこの平山電報を入手したためと思われる。

陸奥外相の憂れた如く、英国の反応はきわめて厳しいものがあつた。八月二日の午後二時に、ロンドンより青木周蔵公使が「欧州大国ニテ或ハ速ニ干涉ヲ為ス」可能性があり英国でも「総テ新聞紙ハ此事アリシ為メ我国ニ反対ノ説ヲ為セリ」と伝えるとともに「『シーボルト』ハ輿論ヲ転ゼシムル事ヲ勉メ居レリ金円及報告ヲ送ラレタシ」との要望をなしてきていた。⁶⁶これに対して、陸奥外相は直ちに事件概要と英国内の世論操作の工作資金として五〇〇〇〇円を

送金する⁶⁷とともに、高陞号の船長と一等運転士が口供した概要と七月二九日付の西郷海相宛平山八重山艦長報告書並に七月二七日に八重山艦にて記した高陞号船長・一等運転手・按針手連署の八重山艦長及び同艦士官宛感謝文の写を電送している⁶⁸。然し、キンバレー英国外相は八月三日青木公使に「英国政府ハ本件ニ依リ生シタル英国臣民ノ生命及財産ニ対スル損害ハ日本政府其責務ニ任スヘキモノト認ムル」との照会書を交付してきていた⁶⁹。尤も、英国政府の態度は予想した程強行なものではなく、キンバレー外相が青木公使に語ったところによると、「其ノ責日本国政府ニ在ル」とはいえ「同大臣ハ後報ヲ待ツヘシ」と慎重な態度を表明していたという⁷⁰。英国政府が慎重な態度をみせたのは、高陞号事件の国際公法上の責任問題がはっきりしなかったことにある。確かに英国内の世論は激昂し、「高陞号撃沈の報英国に伝はるや、上下激昂し、猛烈なる言語を放ちて、或は日本国の海軍は英国の旗章に侮辱を与へたり、英国は日本国をして相当の謝罪を為さしむべしと云ひ、或は日本国海軍の行為は戦争未だ開始せざるの前、即ち平和の間に起りたる暴行なり、日本国政府は沈没船の持主及び此の事變のために生命・財産を失ひたる英国臣民に対し相当の賠償を為すべし⁷¹」と対日批判が沸騰していた。勿論、それは独り英国だけのものではなく、七月三十一日の『北清日報』は上海に碇泊していた船舶は高陞号乗組士官の死を吊うがため同三〇日大概半檣旗を掲げたと報じ、八月三日の『上海通信』も、「内外ノ人心非常ニ激昂シ殊ニ英独ノ人民ハ直ニ日本ヲ以テ海賊ノ所行ヲ為スモノ」と伝えるところに、七月三〇日には上海の英国総領事が日本国領事館におもむき「其非挙ヲ詰問」し、独国領事もまた「日本カ朝鮮海ニ於テ独ノ船舶ヲ搜索スルノ理由」を質したと報道していた⁷²。高陞号事件は、公海上における第三国船舶への臨検が原因となることから、英国以外の諸国との摩擦も生じていたのである。

こうしたなかで、ケンブリッジ大学のウェストレイク (Westlake) は、高陞号は、(一)「清国ノ使用ニ供シ、運送船トシテ働キシ事実モ明瞭ナリ。故ニ若シ此ニ加フルニ同号供用ハ即戦争的行為ニ供スルニ在リトスレハ、同号ハ……

英国ヨリ何等ノ保護ヲ求ムルノ権ナキ」(一)高陞号は、「清国運送ノ用ニ供シタルモノナルヲ以テ、若シ清国ニシテ果シテ交戦国タルニ於テハ、高陞号ハ日本ニ対スル交戦者ニシテ恰モ彼ノ『オロゼムボー』号ノ和蘭ニ対スル關係ト異ナルコトナシ」(二)日本の行為の正当性は日本が「他所ニ於テ日清間ノ戦争實際ニ開始セシコトヲ証スヘク否ラスンハ高陞号其一部ヲナセル清国艦隊カ日本ノ默認スル能ハサルトコロノ反対行為ヲ為シタルコトヲ証セサルヘカラス」(四)「局外中立国臣民カ交戦国ノ一方ニ結托シタルハ、此主義ノ違反ヨリ損害ヲ他ノ交戦国ヨリ受ケタリトスルモ、局外中立国政府ハ此臣民ノ為メニ損害賠償ヲ要求セル前例少シ」(五)「欧羅巴人ニシテ清国兵士ヲ指揮シ若クハ運送スルノ任ニ当ラントスル者宣シク彼等ト運命ヲ共ニスヘシ」とした見解を八月三日の『タイムス』紙に發表し、オックスフォード大学のホルランド(Holland)もまた八月六日の『タイムス』紙に「法理上戦争ハ對手一方ノ戦争的行為ニ由リテ開始シ必スシモ先ツ宣言スルヲ要セサル」として、(一)「日本士官カ高陞号ニ臨檢シ強力ヲ以テ其命令ニ従フヘキヲ迫リシ事実ヲ以テ既ニ十分ノ戦争的行為ナリト認ム」、(二)「日本司令官タルモノ固ヨリ彼ヲシテ其命令ニ屈服セシムル為メ必要ノ強力ヲ用フルノ権能ヲ有セリ」、(三)高陞号が「清国ヨリ陸上ニ赴援スル軍隊ノ運送ニ従事スル以上ハ明ニ交戦的遠征軍若クハ交戦的遠征軍ト視ルヘキモノノ一部ヲナスモノタリ」、(四)日本は高陞号の「其目的地ニ達スルヲ妨クル為メニ總テノ必要ナル強力ヲ行使スルノ権能ヲ有ス」との主張をなしていた。⁽⁷³⁾勿論、両者の考えが英国の国際法学者の全てを代表したものではなく、又この両説に反対のする国際法学者もいたが、英国の国際法学者のなかから日本の行為を法理論的に支持する考えが提起されていたことは、英国政府にかなりの影響を与えたことを示しているよう。

事実、高陞号事件をめぐる日英外交紛争は日本にとって有利に展開していった。佐世保鎮守府へ出張した末松法制局長官は、生存した三名の乗組員と面談して「我国ノ為メ都合好キ事多シ」⁽⁷⁴⁾と陸奥外相に報告しており、大越成徳上

海総領事も高陞号雇入定約について「清国政府ハ該船出帆前ニ在天津香港上海銀行へ英貨凡ソ四万磅ヲ預ケ入レ万一宣戦ノ前又ハ後ニテモ該船ニ過チ出来タルトキハ印度支那汽船会社へ該金員ヲ支払フベキモノトセリ」と伝えていた。⁷⁵ 高陞号を中立国船舶と認定するか中立国船舶ではあっても清国に雇用された敵対国船舶と認定するかという該船の法的位置付けが明確化しきれていない状況ではあるが、英国内の激昂した対日批判の世論を少しでも緩和し英国政府の対日態度を和げて日英紛争を早期に解決せんがため、陸奥外相は船長以下三名の乗組員を解放することとし、末松法制局長官と佐世保鎮守府司令長官柴山矢八海軍少将と協議の上で船長に二〇〇〇円、一等運転士に一五〇〇円、按針手に八〇〇円を与え八月四日に長崎へ送ることになった(按針手は治療のため全快してから長崎へ送られた⁷⁶)。高陞号乗組員を、敵対船舶乗員として処置するのではなく、中立国人の被害者として位置づけた政治的処置であったといえよう。

こうしたなかで、八月七日に長崎の英国領事館でジョン・I・クイン (John I. Guin) 長崎英国領事を裁判長としケープ・ヨーク (Cape York) 号船長ジョン・ミッチェル (John Mitchelle) とドルーメラン (Drumelan) 号船長トーマス・E・カウエル (Thomas. E. Cowell) を判事とする海事裁判所が開廷され、「浪速艦ハ端艇ヲ用キテ二度高陞号ト交渉ヲ為シタルニ高陞号ノ役員ニ其船ヲ去ルヘシト命シタルモ支那兵ハ斯克為スヲ役員ニ許サ、リシ」ため高陞号は浪速艦によって撃沈されたと認定し、該船の沈没の責任は第一に清国軍にあるとして船長以下乗組員にはないとの宣告がなされた。⁷⁷ 次いで、八月一八日に開廷された上海での海事裁判所でも英国の海軍提督が浪速艦の高陞号撃沈は正当でありこの件について日本政府へ何等の損害賠償の要求をなすべきではないと英国政府へ勧告していた。⁷⁸ 長崎と上海での海事裁判所で、日本の行為を批判する審判がなされず、却ってその正当性を主張する発言がなされていたこと、その後においても船主のジャーデン・マヂソン会社も「英国政府ノ形勢判断ニ従ヒ撃沈ヲ開戦以後ノ出来

事ト為シ日本ニ向テ賠償ヲ要求⁽⁷⁹⁾」しておらず、事件は日本に有利な方向へと結着していくことになる。

(2) 国際法における戦争始期論

日清間に見解の相違があるものの、その鍵は日清間における開戦成立の時期にあったことはいうまでもない。この戦争開始時期について高橋作衛は、当時の国際法上の諸説を整理して次のようにまとめている⁽⁸⁰⁾。高橋は、まずA説宣戦布告を必要とする八月一日説と、B説実戦開始説とに大別し、B説を(1)日本艦隊が佐世保港を出発した七月二三日説と(2)七月二五日説とに分け、更にこのB―(2)説を更に(ア)浪速士官の高陞号臨検により開始するとの説と(イ)豊島沖海戦によって始まるとの説に細分した上で諸説を詳論している。それによると、A説の宣戦布告の必要性については当時英国の陸軍中佐であったモウリスが分析した一七〇〇年から一八七〇年迄の一七一年間において起った一〇六回の戦争事例中宣戦をなした事例は「僅二十回以下」にすぎ残りは全て無宣告開戦であった事実を引用して、これにより「開戦ニ宣言ヲ要セサルコトハ証明」されたことから「八月一日説ハ採ルニ足ラス」と断じる。ここで問題となる八月一日の宣戦布告については、クリーンの著書「Lois et usages de la neutralité d'après le droit international conventionnel et coutumier des États Civilisés」⁽⁸¹⁾より引用して、それは「無意味ナル宣告」であったとしている。B―(1)の七月二三日説については、この説を唱えている有賀長雄の佐世保軍港出発日を始期とするとの見解に対して、高橋は「此説ハ法理上貫徹セサルモノアリ」と批判する。B―(2)―(ア)の臨検により戦争開始とする説は、ホルランドによる抗敵行為は「宣戦前ニ起リタルト否トニ関セス日本軍艦艦長が高陞号ニ士官臨検セシメ其命令ヲ奉セサルハ兵力ヲ用フヘシト脅迫セシ行為ハ戦争行為ナリ」との主張によるもので、それは「一方ノ軍艦若シ他方ノ商船ヲ臨検スルコトアラハ此行為ハ其レ自身ニ於テ戦争ヲ開始スルモノ」であるとした考えに依拠したものであるが、これに對

して高橋はホルランドの議論は「此点迄ハ正当ナレモ此原則ヲ高陞号ニ適用セントセルハ事実上不当タルコトヲ免レス」と批判する。高橋はここでB—(2)—(4)の七月二五日の豊島沖海戦により開戦となったとした説を主張しているが、それは「戦争ハ交戦国間ニ在リテハ実戦ニヨリテモ片為的宣戦ニヨリテモ成立ス然レトモ中立国ハ為メニ平時ト異レル義務ヲ負ハシメラルモノナレハ開戦ノ通知ヲ受クルノ権ヲ有ス。又此実戦ハ他ノ場所(中立国船ノ臨検セラレタル場所以外ノ地ニテ其以前ニ実戦アルヲ意味ス)ニ開始セラルルコトヲ要ス」との前提の上で、「明治二十七年八月二十五日午前七時十七分ハ日清戦役ノ開始期ナリ」と論じている。⁸²⁾

日清戦争期における主な条約や宣言・戦規提要としては、一八五六年四月一六日にパリ公会で奥地利・仏蘭西・大不列・普魯西・露西亞・サルジニア・土耳其の七ヶ国で調印された巴里宣言(The Declaration of Paris)と一八六四年八月二二日にジュネーブで瑞西・白耳義・丁抹・西班牙・仏蘭西・伊太利・和蘭・葡萄牙・普魯士の間で締結された万国赤十字条約(The Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Sick and Wounded of Armies in the Field)、一八六四年にペテルスブルグで発せられた「締盟者ハ其ノ相互ノ間ニ戦争ヲ為スニ至ル場合ニ於テハ各々其軍隊又ハ艦隊ヲシテ量目四〇〇『グラム』以下ニシテ爆発性又ハ焼燃性ノ物質ヲ充テタル発射物ヲ使用セシムル自由ヲ棄却センコトヲ約」した聖比得堡宣言(The Declaration of St Petersburg)、一八七四年八月二七日にブリュッセルで開かれていた陸戦の法規慣例に関する万国会議において露西亞・独逸・奥太利匈牙利・白耳義・丁抹・西班牙・仏蘭西・英吉利・希臘・伊太利・瑞西の一ヶ国間で調印された比律悉宣言(The Articles of the Brussels Conference)や、一八八八年英国のオックスフォードで開かれた万国国際法学会で決議された戦規提要(The Manual of the Law of War of the Institut de Droit International)に、一八六八年一〇月一〇日に締結されたものの各国の批准を得られず効力は発しなかった一八六八年赤十字追加条約(The additional articles of

October, 10, 1868) 等がある。⁽⁸³⁾ このなかで、日本が批准していたのは万国赤十字条約と巴里宣言であったが、万国赤十字条約は明治一九年六月五日に加盟し同年一月一五日勅令をもって公布され、⁽⁸⁴⁾ 巴里宣言は明治一九年一〇月三〇日に加盟し翌二〇年三月一九日に勅令をもって公布された。⁽⁸⁵⁾ 万国赤十字条約の加盟状況は次の第十二表の通りであるが、明治二七年の段階では仏国をはじめ三六ヶ国であり、日本は三四番目の加盟国であった。この赤十字条約は、周知の如くヘンリー・ジェンナーの訴えにより一八六三（慶応三）年一〇月二六日にヨーロッパの諸国と諸慈善団体がジュネーブに会合したことを起源とするもので、戦時負傷者の救済を目的とした条約である。日本は、明治一九年六月五日ベルンにおいて瑞西連邦駐割日本特命全権公使峰須賀茂韶によって署名されているが、条約文は全一〇条からなっている。

一八五六（安政三）年四月一六日にパリ公会で決定された海上法要義に関する宣言である巴里宣言は、次の第十三表のように日清戦争時には四七ヶ国が加盟しているが、宣言を決定した際に署名した奥国以下七ヶ国の外、同年五月三一日に加盟した両シールをはじめ同年中に三六ヶ国が加盟し、これ以降サルバドル以下四ヶ国が加盟し日本は四七番目の加盟国となっている。戦時における国際紛争を調停するものとしてはこの巴里宣言が重要な国際法例となるが、宣言は次の四項から成っていたにすぎない（前註85参照）。

- 第一 私船ヲ拿捕ノ用ニ供スルハ自今之ヲ廃止スル事
- 第二 局外中立国ノ旗章ヲ掲グル船舶ニ搭載セル敵国ノ貨物ハ戦時禁制品ヲ除クノ外之ヲ拿捕スベカラザル事
- 第三 敵国ノ旗章ヲ掲グル船舶ニ搭載セル局外中立国ノ貨物ハ戦時禁制品ヲ除クノ外之ヲ拿捕スベカラザル事
- 第四 港口ノ封鎖ヲ有効ナラシムルニハ実力を用キザルベカラズ即チ敵国ノ海岸ニ接到スルヲ實際防止スルニ足ルベキ充分ノ兵備ヲ要スル事

明治憲法体制と天皇大権(二)

第十二表 1864年万国赤十字条約加盟状況

加 盟 国	加盟年月日	加 盟 国	加盟年月日
仏蘭西	1864年 9 月22日	索撒王国	1866年10月25日
瑞 西	1864年10月 1 日	露西亞	1867年 5 月22日
白耳義	1864年10月14日	羅馬法王領	1868年 5 月 9 日
瑞西及諾威	1864年11月13日	ルーマニア	1874年11月30日
丁 抹	1864年11月15日	波 斯	1874年12月 5 日
巴 丁	1864年11月16日	三薩瓦	1874年12月30日
和 蘭	1864年11月29日	モンテネグロ	1875年11月29日
伊太利	1864年12月 4 日	塞爾維亜	1876年 3 月24日
西班牙	1864年12月 5 日	ボリヴィア	1879年10月16日
希 臘	1865年 1 月17日	智 利	1879年11月15日
大不列顛	1865年 2 月18日	亜爾然丁共和国	1879年11月25日
メクレンブルグ・シュウェリン	1865年 3 月 9 日	秘 露	1880年 4 月22日
普魯西	1865年 6 月22日	北米合衆国	1882年 3 月 1 日
土耳其	1865年 7 月 5 日	巴爾加利亞	1884年 3 月 1 日
瓦敦堡	1866年 6 月 2 日	日 本	1886年 6 月 5 日
墨西大公国	1866年 6 月22日	里森堡	1888年10月 5 日
巴威里	1866年 6 月30日	ヴェネズエラ	1894年
奥地利	1866年 7 月21日	暹 羅	1895年
葡萄牙	1866年 8 月 9 日	オレンジ国	1897年

(出典) 高橋『戦時国際法理先例論』、前掲、521頁～522頁より作成。

論 説

第十三表 巴里宣言（海上法の要義に関する宣言）加盟国状況

署名又は加盟国	署名又は加盟年月日	署名又は加盟国	署名又は加盟年月日
澳地利※	1856年 4 月16日	サックス・ワイマール	1856年 6 月22日
仏蘭西※	1856年 4 月16日	サックス・コブール・ゴータ	1856年 6 月22日
大不列顛※	1856年 4 月16日	ウルデンブール	1856年 6 月25日
普魯士※	1856年 4 月16日	丁 抹	1856年 6 月25日
露西亞※	1856年 4 月16日	ハンブール	1856年 6 月27日
サルジニア※	1856年 4 月16日	バヴェーエル	1856年 7 月 4 日
土耳其※	1856年 4 月16日	独逸連邦	1856年 7 月10日
両シシール	1856年 5 月31日	瑞西連邦	1856年 7 月16日
ハノーヴル	1856年 5 月31日	メクレンブール・シュウェリン	1856年 7 月22日
羅馬諸州	1856年 6 月 2 日	葡萄牙	1856年 7 月28日
ヘッス・カッセル	1856年 6 月 4 日	バード	1856年 7 月30日
トスカーヌ	1856年 6 月 5 日	智 利	1856年 8 月13日
白耳義	1856年 6 月 6 日	パルム	1856年 8 月20日
和 蘭	1856年 6 月 7 日	メクレンブール・ストレリキッツ	1856年 8 月25日
サックス・アルテンブール	1856年 6 月 9 日	グァテマラ	1856年 8 月30日
オルデンブール	1856年 6 月 9 日	ハイチ	1856年 9 月17日
ブレーム	1856年 6 月11日	亜爾然丁共和国	1856年10月 1 日
瑞典及諾威	1856年 6 月13日	秘 露	1856年11月23日
ヘッス・ダルムスタッド	1856年 6 月15日	エクアトル	1856年12月 6 日
サックス王国	1856年 6 月16日	ブルンスウキック	1857年12月 7 日
フランクフォルト	1856年 6 月17日	サルバドル	1858年 1 月 2 日
ナッサウ	1856年 6 月18日	伯刺西爾	1858年 3 月18日
希 臘	1856年 6 月20日	日 本	1886年10月30日
リュベック	1856年 6 月20日		

（註） ※は1856年 4 月16日に署名した国を指す。

（出典） 明治20年 3 月25日外務省告示第1号（『法令全書』第20巻ノ三、前掲、1977年、103頁～106頁）より作成。

高陞号事件は、一面ではこの第二項と第三項局外中立国船舶の規定にかかわった問題であった。この規定は、交戦国軍艦による中立国船舶の拿捕を制限するためのものであるが、それは同時にこの規定により局外中立国の船舶は交戦国の貨物のなかで戦時禁制品の搭載は禁じられることになり、それは中立国船舶といえども公海上における交戦国艦船による臨検と拿捕を受容しなければならないことを示している。日清開戦時において外交紛争となった英国・独逸商船は、この宣言に署名乃至加盟した国であったことから、日本海軍の艦船による公海上における臨検と拿捕を亨受せざるを得なかったのは言うまでもない。だが、その場合の条件となるのが戦時の成立と中立国が戦時の成立を知る時機にほかならない。更に詳かな点でいうならば、戦時禁制品の品目の確定と拿捕した船舶の処分をなす捕獲審検所の設置とが必要となる。日本は、八月二〇日勅令第一四九号を以て捕獲審検令を公布し、九月二日に高等捕獲審権所と捕獲審検所を開設⁸⁷⁾してはいたが、それらは頻発する中立国船舶の臨検によって生じた紛争に対処し今後より多く発生するであろう紛争処理の対応策としてなされたもので、予め準備されていたものではなかった。

然し、当時戦時国際法として有効なものは前述の赤十字条約と巴里宣言に聖比得堡宣言の他にはなく、日本が加盟していたのはその中の赤十字条約と巴里宣言であり、清国はそのいずれにも加わってはいなかった。戦時国際法としては、日清戦争は全く未整備な段階で行われた近代的戦争であったことから、そこで起った国際紛争は法解釈の域を越えるものとはならない。その意味では、陸戦条規を定めた万国国際法学会の戦規提要(全八六条)が紛争処理の指針を示す役割を担っていたともいえる。則ち、国際紛争の処理において戦時国際法の学説がかなり重要な意味を持っていたことになる。この点を踏えて日清戦争の戦時成立時期をみるならば、前述したA説の宣戦布告を要するとの見解は高橋の指摘にあるように、開戦に伴う必要要件に宣戦布告の規定がないことと学説上も有力な考えとしてはあっても確定的なものとなっていなかったことからみて宣戦布告を以って戦時始期と看做することはできない。このため、

戦時始期はB説の実戦開始説を基に検討する必要がある。

ここでは、B—(1)説とB—(2)—(ア)・(イ)の三説ということになる。まず、B—(1)をみると日本艦隊の佐世保出港を基点とした七月二三日説を主張した有賀長雄は、「清国カ我レヨリ申込ミタル最後ノ談判ヲ拒絶シタルニ依リ日本ヨリ更ニ北京ノ朝廷ニ向テ今後ハ日本単独ニテ朝鮮改革ノ事ニ従フヘシ就テハ之カ為ニ如何ナル結果ヲ生ストモ其ノ責ノ歸スル所一ニ清国政府ニ在ルヘシト申送リタル時ヲ以テ日清両国ノ間ニ於ケル平和ノ關係ノ破レタル時ト為スヘキナリ、而シテ敵抗ハ清国カ兵員ヲ派出シタルニ因リ日本ヨリモ之ニ応スル為ニ戦艦ヲ派出シタルノ日即チ七月二十三日ヲ以テ始マリタリ、是レ高陞号轟沈ニ先タツ数日ノ事ナリ」とする。⁸⁸⁾

有賀は、「轟沈事件ノ越リシハ開戦ノ以前タルト以後タルトニ關係ナク是レ単ニ一国ノ正当防禦ノ働ト看做スヘキモノニシテ全ク法則ニ合ヘリ」との前提から、「浪速艦カ高陞号ニ遭遇シタル時ハ現ニ日本ノ權利々益ニ反対シテ戦闘スルノ目的ヲ以テ航海スルコト明白ナル二千ノ兵士ヲ乗セ居タリ」⁸⁹⁾で、それは「清国ハ既ニ意ヲ開戦ニ決シ、七月二十日前後ヲ以テ八千余ノ兵士ヲ十余艘ノ戦艦ニ乗セ、太沽、旅順口、威海衛ノ三所ヨリ朝鮮ニ向ヒ出発セシメタリ」⁹⁰⁾とした認識に立っていた。ここでは、公海上での臨検の判断や撃沈前の拿捕行為に深く立入った論及はなされていないことから、高陞号撃沈にかなりこだわっていたと思われる。この有賀説に疑問を抱いている高橋は、第一に「国際争議ノ劇甚トナレルニ際シテ艦隊ガ一碇泊地ヨリ他地ニ向ヒテ示威運動ヲ為スハ屢々有り得ルヲニシテ直ニ之ヲ以テ開戦トナサハ、其後第三国ノ調停等ニヨリ紛議ノ解決シタル場合ニ……当事国ハ已ニ開戦シタルモ又平和ニ復シタリト為ササルヘカラス」とし、第二に「若シ戦争ニシテ単ニ交戦国間ノミノ關係ナラシメハ別ニ困難ヲ生セサルモ第三国ニ中立義務ヲ負ハシムルモノナレハ漫ニ日本艦隊ガ佐世保ヲ出発セシト云フノ事実ヲ以テ開戦トナシ以テ第三国ヲ拘束シ之ヲシテ中立義務ヲ負ハシムルコトヲ得ヘキヤ」との疑問があり実際的には「諸外国ハ斯ル場合ニ中

立義務ヲ履行スルヲ拒絶スヘシ」とし、第三に「出軍ノ時ヲ以テ開戦ノ時トスレハ日本ハ二十三日ニ出発シ⁹⁰。支那ハ二十一日ニ出軍セルガ故ニ一ノ戦争ニ付テ二ノ実戦的開始期日ヲ有スルコトナルヘシ」との矛盾を指摘し、結局「故ニ此二十三日説ノ正鵠ヲ失ヘルコトハ今日ニ於テ欧州諸学者等モ疑ハサル所ニシテ法理極メテ明白ナリ」と結論づけている⁹²。又、蜷川新も「此説は軍艦又は軍隊出発の時機並に地点に付て説く処甚た曖昧」であり、「戦争予備の行為も示威の行動も共に之れを戦争と称せざる可らざるの不都合なる論結を生ずる」と批判する⁹³。有賀の七月二三日説は、法理論的にも実理論的にも成立しない。この有賀説に依拠した海軍省の主張(後述)は、当然政府において受け入れられるものではなかったといえよう。

B—(2)—(ア)の臨検により戦争開始とみる説は、高橋の批判にあるように交戦国間における問題としては説得性はないが、第三国船籍の船舶に対して適用させるにはかなり問題がある。この点について蜷川は、第一に「商船拿捕の権利は戦時国際法の認むる処換言すれば国と国との間に戦争状態の生じたる後に於て初めて生じ得る権利」であること、第二に「国と国との間に未だ戦争なる状態の発生なき以前に於ては一国軍艦が個人に属する商船を拿捕する如き行為は権利行為にあらず従つて其行為は不法行為なりとす」との理由から批判する。こうしたことから、B—(2)—(イ)の豊島沖海戦を基点とする説が最も有力な学説と考えられるが、蜷川は「戦争の始期とは国際法上の権利を強ひて主張するか爲めに国と国との間に国交の破壊せらるるに至りたる時を云ふ」と規定した上で、国交断絶の「時」について(一)「通告を以て戦争を開始するときは意思表示の到達主義に依りて始期を定むるを可とす何んとなれば戦争は合意に依つて生ずるにあらず片面的通告を以て足るものにして且つ通告の要は戦争の始期を明にするを目的となすものなるを以て通告の対手国家又は其代表者に到達する時を以て開戦期とするを適當となせはなり」か、又は(二)「若し事実上始めより武力の争闘を以て戦争開始せらるる時は其争闘の行はれたる其時を以て始期と爲す可きものなり」

と論じている。⁹⁴この蜷川論文は、日露戦争における国際法論議と海牙万国会議という状況のなかで執筆されたものであり、前掲の有賀・高橋両論文とは性格を異にしていることから、日清戦争の開戦始期論を直接論究したものとして読むことはできない。この論文における蜷川の主旨は、「余輩は開戦には通告を要すとなす学説に組する」⁹⁵にみられるように、日清戦後から十数年を経てかなり整理されつつある国際法学界の状況を反映したものであった点を留意しておく必要がある。その限りでみるならば、日清戦争の始期は(一)の「其争闘の行はれたる其時」となり、高陞号事件発生前の日清両国海軍艦艇による交戦の時点ということになる。

「欧州国際法、又は欧米国際法と云ひ、久しき間耶蘇教国の専有物の如く思惟」⁹⁶されていた国際法は、「一般の法律中に於て最も発達せざる、極めて幼稚なるものゝ一であり、」⁹⁷「従て之を国際關係上に適用するに当り国内法を国内關係に適用するか如く完全なる効用を致すこと能はず是を以て世間或は今日に於ても尚国際法の存在を疑ふものあり」⁹⁸という状況にあった。このため、国際法にかかわる問題は国際的慣習や国際法慣例に依拠せざるを得ない。当時、大陸派国際法学者のなかで局外中立法に精通し国際法学界で最も高い評価を受けていた人物の一人であるクリーンの著書『文明国間の局外中立法規及び慣例論』(前出、註81と同じ)⁹⁹を紹介した米田奈良吉は、クリーンが同著中で日清戦争に於ける戦争成立要件に関する国際法先例として指摘していた学説を、戦争布告必要説・事実戦争説・中立国が事実を知ることを条件とした説の三説にまとめている。¹⁰⁰一方、開戦の際における予告——宣戦布告・宣言・通告等を含む——に対する欧米国際法学者の諸説を詳細に分析した蜷川は、明治四〇年においても学説上は宣言必要説と宣言不要説の二説に分かれており、それがため学説上は「宣戦なくして為せる開戦は国際法の違反なりとの議論も絶対には成立せず又開戦には国際法上通告を要せずとの断言も国際法上絶対には認めせられたる議論と云ふこと能はず」と論じている。¹⁰¹

以上のことから、日清戦争の開戦については(一)宣戦の布告乃至通告は戦争の絶対的成立要件とはなっていない、(二)このため戦争の成立には開戦の通告と実際の交戦に中立国への通知のいずれかの一つが要件となる、(三)然し中立国への通知は必ずしも公文による形式に限られるわけではなく中立国船舶への臨検を以って足りるとされる、そのためには他の場所において戦闘の事実、則ち実際の戦争の開始が必要となること、ということになる。日清開戦では、高陞号事件という中立国船舶への臨検と拿捕、拿捕を拒否したことによる撃沈という事実経過があったことから、高陞号事件発生以前に戦時の成立が不可欠となり、少くとも高陞号への臨検より前に日清の交戦事実が必要で、それは臨検の凡そ二時間前の午前七時過ぎに発生した豊島沖海戦に戦争始期が求められる。かかる国際法的解釈から、高陞号事件をめぐる日英紛争は英国側の提訴取下げによって結着することになったわけだが、それは同時に無宣告開戦が一つの開戦方法として公認されたこと、交戦通知を受領する前とはいえ公海上における中立国船舶と雖も一方の交戦国の軍用船と認定された場合は船籍にかかわらず中立国政府の保護は受けられないことが、国際法の先例として確認されたことを意味していよう。

〔註〕

- (1) 拙稿「七・二三京城事件と日韓外交」(『韓』第一一五号所収) 参照。
- (2) 伊藤首相宛明治二七年八月一〇日付大山陸相閣議請議書・陸軍省用一三行×2茶野紙二枚に墨筆(「公文類聚」第一八編・明治廿七年・卷二十九・八、国立公文書館蔵)。
- (3) 『会議筆記』十二、元老院・明治十二年、国立公文書館蔵。
- (4) 拙稿「明治憲法下における戦時規定」(一)、前掲。
- (5) 陸軍大臣官房・海軍大臣官房監修『靖国神社忠魂史』第一卷、靖国神社社務所、一九三五年、六五五頁。
- (6) 拙稿「朝鮮出兵事件と海外出兵体制の形成」(『中京法学』第一八卷第四号所収) 参照。

- (7) 陸奥宗光『蹇蹇録』、岩波書店、一九四一年、五七頁。
- (8) 外務省編纂『日本外交文書』第二七卷、日本国際連合協会、一九五三年、第六〇五文書。
- (9) 『會議筆記』廿四、元老院・明治十五年、戒嚴令制定第二読会、前掲。
- (10) 「伊東伯爵家文書」(「憲政史編纂会収集文書」五五一―一、国立国会図書館憲政資料室蔵)。
- (11) 内閣官報局編『法令全書』第一五卷、一九七六年、原書房、二六頁。
- (12) 『蹇蹇録』、前掲、一二頁。
- (13) 「公文類聚」第一八編・明治廿七年・卷十二・二、前掲。
- (14) 『日清戦争実記』第貳編、博文館、八九頁。
- (15) 『靖国神社忠魂史』第一卷、前掲、六五〇頁。
- (16) 陸軍省用一三行茶野美濃紙一枚に墨筆(「公文類聚」第一八編・明治廿七年・卷十二・二、前掲)。
- (17) 明治二七年七月二八日閣議書(法制局用閣議提案青野美濃紙一枚に墨筆、末松謙澄と伊東巳代治の署名あり、同上)。
- (18) 『官報』明治二七年八月一日・第三三二七号、一頁―二頁。
- (19) 海軍用一三行×2茶野美濃紙一枚に墨筆(「公文類聚」第一八編・明治廿七年・卷十二・四十・廿七、前掲)。
- (20) 明治二七年七月三十一日閣議書(法制局用閣議提案青野美濃紙一枚に墨筆、末松謙澄の朱印の他に伊東巳代治の署名、同上)。
- (21) 『官報』明治二七年八月三日・第三三二九号、二五頁―二六頁。
- (22) 戦時給与規則を含めた戦時体制については、拙稿「日清戦争と戦時体制の形成」(『中京大学社会科学研究所』第四卷第二号所収)を参照。
- (23) 拙稿「朝鮮出兵事件と海外出兵体制の形成」、前掲、参照。
- (24) 『法令全書』第二三卷ノ二、一九七八年、前掲、一一八頁―一三四頁。
- (25) 内閣用一三行×2茶野美濃紙三枚に墨筆(「公文類聚」第二〇編・明治廿九年、卷二十六・十三、前掲)。
- (26) 「陸海軍両大臣江回答案」(内閣用一三行×2茶野美濃紙一枚に墨筆、同上)。
- (27) 同上、内閣用恩給局茶野美濃紙決裁用紙に墨筆。
- (28) 『法令全書』第一四卷、一九七六年、前掲、九二頁―一三一頁。陸軍刑法は明治一四年二月二八日太政官布告第六九号

(施行は明治一五年一月一日)、海軍刑法は陸軍刑法と布告・施行は同日で太政官布告第七〇号である。

(29) 拙稿「朝鮮出兵事件と海外出兵体制の形成」(前掲、四四頁第二表参照)。

(30) 拙稿「日清戦争下の臨戦地広島——旧安芸郡戸坂村を中心に——」(『広島市公文書館紀要』第一〇号所収)参照。

(31) 陸軍省総務局第一課編纂『陸軍省第一回統計年報』明治二二年一月、同『陸軍省第二回統計年報』明治二二年一月、陸軍省副官部記録掛編纂『陸軍省第三回統計年報』明治二四年三月、陸軍省副官部第二部編纂『陸軍省第四回統計年報』明治二五年二月、同『陸軍省第五回統計年報』明治二五年一〇月、陸軍省大臣官房副官部編纂『陸軍省第六回統計年報』明治二六年一〇月、同『陸軍省第七回統計年報』明治二七年一〇月、同『陸軍省第八回統計年報』明治二八年一月、陸軍大臣官房副官部編纂『陸軍省第九回統計年報』明治三〇年一月、同『大日本帝国陸軍省第十回統計年報』明治三〇年二月、内閣文庫蔵。

(32) 有賀長雄『日清戦役国際法論』、陸軍大学校、一八九六年、四一〇丁〜四二二丁。

(33) 拙稿「朝鮮出兵事件と海外出兵体制の形成」(前掲、七七頁第五表参照)。

(34) 拙稿「日清戦争と戦時体制の形成」(前掲、九九頁第六表参照)。

(35) 『法令全書』第二三卷ノ一、前掲、二頁〜三頁。

(36) 同上、第二七卷ノ四、一九八〇年、前掲、四一九頁。

(37) 同上、第二七卷ノ二、一九七九年、前掲、二七一頁〜二七三頁。

(38) 同上、第二七卷ノ三、一九七九年、前掲、一二三頁〜一三〇頁。

(39) 同上、第二七卷ノ二、前掲、二八四頁〜二八五頁。

(40) 同上、第二七卷ノ一、一九七九年、前掲、二八七頁〜二八八頁。

(41) 同上、二八九頁〜二九一頁。

(42) 前註(10)附属書。

(43) 同上、第二〇卷ノ一、一九七七年、前掲、五二頁。

(44) 同上、第二七卷ノ五、一九八〇年、三〇七頁。

(45) 宮内庁『明治天皇紀』、吉川弘文館、一九七三年、四六二頁。

- (46) 参謀本部編纂『明治廿七八年日清戦史』第一卷、東京印刷株式会社、一九〇四年、一一八頁。
- (47) 田保橋潔『日清戦役外交史の研究』、刀江書院、一九五二年、三二三頁。
- (48) 「高陞号ノ沈没——一千八百九十四年八月七日在長崎英國領事館ニ於テ開廷シタル海事裁判所ノ審判及宣告」(『日本外交文書』第二七卷、前掲、第七二五文書附屬書)。
- (49) 『明治廿七八年日清戦史』第一卷、前掲、一五九頁。
- (50) 同上、一五九頁〜一六一頁。
- (51) 田保橋『日清戦役外交史の研究』、前掲、三二三頁〜三三四頁。
- (52) 同上、三三四頁。
- (53) 『明治廿七八年日清戦史』第一卷、前掲、一六四頁。
- (54) 伊東祐亨司令長官宛明治二十七年七月二六日付東郷平八郎浪速艦長報告書(『日本外交文書』第二七卷、前掲、第七二〇文書附屬書一・甲号)及び西郷從道海相宛明治二十七年七月二九日發平山藤次郎八重山艦長電報(同上、第七二二文書附記)。
- (55) 『明治廿七八年日清戦史』第一卷、前掲、一六六頁〜一六八頁。
- (56) 陸奥宗光外相宛明治二十七年八月一〇日付末松謙澄法制局長官報告書(『日本外交文書』第二七卷、前掲、第七二七文書附屬書「高陞号事件報告」)。
- (57) 同上、第七二〇文書附屬書一。
- (58) 『明治廿七八年日清戦史』第一卷、前掲、一六五頁〜一六六頁。
- (59) 前註(48)同。
- (60) 前註(56)同。
- (61) 高橋作衛『英船高陞号之撃沈』、國際法外交論纂第二、一九〇三年、二二頁〜二三頁。
- (62) 『日本外交文書』第二七卷、前掲、第七〇九文書。
- (63) 『明治天皇紀』第八、前掲、四六八頁。
- (64) 『日本外交文書』第二七卷、前掲、第七二一文書。
- (65) 同上、第七二二文書附記。

- (66) 陸奥宗光宛明治二七年八月一日午後六時五五分倫敦発同二日午後二時接受青木周蔵電報(同上、第七一四文書)。
- (67) 青木周蔵宛八月二日發陸奥宗光電報(同上、第七一六文書)。
- (68) 青木周蔵宛八月二日發陸奥宗光電報(同上、第七一七文書)。
- (69) 陸奥宗光宛明治二七年八月一〇日付九月一七日接受青木周蔵書翰(同上、第七二三文書及び同附属書一)。
- (70) 陸奥宗光宛明治二七年八月一二日發同二三日接受青木周蔵電報(同上、第七二四文書)。
- (71) 『明治天皇紀』第八、前掲、四六八頁。
- (72) 高橋『英船高陞号之撃沈』、前掲、六六頁〜六七頁。
- (73) 同上、六八頁〜七八頁。
- (74) 陸奥宗光宛八月二日午後二時一五分佐世保発同三日午前一時二六分接受末松謙澄電報(『日本外交文書』第二七卷、前掲、第七一八文書)。
- (75) 陸奥宗光宛八月六日午後三時三分上海発同午後六時四〇分接受大越成徳電報(同上、第七二二文書)。
- (76) 西郷従道宛八月三日付柴山矢八書翰(同上、第七一九文書)。
- (77) 「八月七日在長崎英国海事裁判所宣告書」(同上、第七二五文書附属書)。
- (78) 「八月十九日在上海英国海事裁判所ノ審問結果報告」(同上、第七二五文書附記)。
- (79) 有賀『日清戦役國際法論』、前掲、三六丁〜三七丁。
- (80) 高橋『英船高陞号之撃沈』、前掲、八〇頁〜九三頁。
- (81) Richard Kleen, (2 volumes) tome 1 1898, tome 2 1900.
- (82) 高橋『英船高陞号之撃沈』、前掲、七二頁。
- (83) 高橋作衛『戦時國際法理先例論』、東京法学院大学、一九〇四年、五一五頁〜六六三頁。
- (84) 『法令全書』、第一九卷ノ一、一九七七年、前掲、三二七頁〜三三〇頁。
- (85) 同上、第二〇卷ノ一、一九七七年、三三三頁〜三四頁。
- (86) 『官報』明治二七年八月二二日・第三三四四号、一八九頁〜一九〇頁。
- (87) 同上、明治二七年九月三日・第三三五五号、一三頁。

- (88) 有賀『日清戦後国際法論』、前掲、一五丁。
- (89) 同上、三四丁。
- (90) 同上、三五丁。
- (91) 同上、三二丁。
- (92) 高橋『英船高陞号之撃沈』、前掲、八八頁〜八九頁。
- (93) 蟻川新『戦争論』（『国際法雑誌』第五卷第八号、三五頁）。
- (94) 同上、三五頁〜三八頁。
- (95) 同上、三二頁。
- (96) 寺尾亨『国際法研究の必要』（『国際法雑誌』第一卷第一号、五頁）。
- (97) 同上、二頁。
- (98) 寺尾亨『国際法の現在及将来』（同上、第一卷第四号、九頁）。
- (99) 米田奈良吉「クリーン博士近著中に於ける日本」（同上、第一卷第一号、二四頁〜二五頁）。
- (100) 同上、二二頁。
- (101) 蟻川『戦争論』（同上、前掲、三二頁）。